



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA E RELAÇÕES
INTERNACIONAIS

LUCIANA CORREIA BORGES

**Acordos Internacionais de Investimento, Propriedade Intelectual e Saúde Global:
Políticas de Controle do Tabaco e o ODS 3.a.**

JOÃO PESSOA

2018

Luciana Correia Borges

**Acordos Internacionais de Investimento, Propriedade Intelectual e Saúde Global:
Políticas de Controle do Tabaco e o ODS 3.a.**

DISSERTAÇÃO

Apresentada como parte dos requisitos para a obtenção do título

de

MESTRE EM CIÊNCIA POLÍTICA E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

na

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Área de concentração: Política Internacional

Linhas de pesquisa: Política Externa, Cooperação e Desenvolvimento

Orientador: Dr. Henrique Zeferino de Menezes

João Pessoa

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

B732a Borges, Luciana Correia.

Acordos Internacionais de Investimento, Propriedade
Intelectual e Saúde Global: Políticas de Controle do
Tabaco e o ODS 3.a / Luciana Correia Borges. - João
Pessoa, 2018.

90 f. : il.

Orientação: Henrique Zeferino de Menezes.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCHLA.

1. BITs; ACFIs; Regulatory Chill; investidor-Estado. I.
Menezes, Henrique Zeferino de. II. Título.

UFPB/BC

**Acordos Internacionais de Investimento, Propriedade Intelectual e Saúde Global:
Políticas de Controle do Tabaco e o ODS 3.a.**

Luciana Correia Borges

Dissertação de Mestrado avaliada em 30/10/2018, com conceito: APROVADA

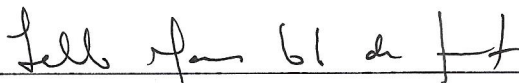
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Henrique Zeferino de Menezes

**Programa de Pós-Graduação em Ciência Política e Relações Internacionais – Universidade
Federal da Paraíba**

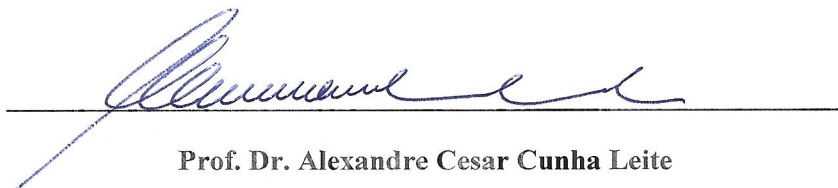
Orientador



Prof. Dr. Ielbo Marcus Lobo de Souza

**Programa de Pós-Graduação em Ciência Política e Relações Internacionais – Universidade
Federal da Paraíba**

Examinador Interno



Prof. Dr. Alexandre Cesar Cunha Leite

Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais – Universidade Estadual da Paraíba

Examinador Externo

às jovens mães que seguraram o tranco e
continuaram estudando,
mais ainda, às que não tiveram esse privilégio.

Palavras sinceras de gratidão são estendidas:

A Deus, por abençoar esta etapa;
Aos meus filhos, por engolirem todos os “tô estudando”;
Aos meus pais, pelo completo amparo;
Ao meu irmão, por apostar alto;
A minha Tetê, pelo exemplo de mulher;
Ao meu Uerê (in memoriam), pelo brilho incessante;
A Carlos, pelo companheirismo.
Aos demais familiares, pela algazarra;
Aos amigos e amigas, por somarem e dividirem;
Ao meu orientador, pela resiliência e suporte;
Aos professores, por me instigaram a questionar;
Ao CNPq, por tornar este projeto possível.

The tobacco industry's interests are in irreconcilable conflict with the interests of public health policy.
(WHO, 2017, p. 35)

RESUMO

O objeto deste estudo reside na densa relação entre a adoção de acordos internacionais para proteger o investimento estrangeiro e as obrigações estatais no campo da saúde pública. Detidamente, demonstra-se de que maneira três elementos-chave dos acordos internacionais de proteção ao investimento (AIIs) impactam a discricionariedade dos Estados na adoção de políticas de controle do tabaco. A pesquisa contribui com esse debate por duas vias. Primeiramente, investiga os eventuais efeitos que as cláusulas que incidem sobre proteção à propriedade intelectual (PI) e a arbitragem investidor-Estado impõem sobre o *policy space* dos Estados para assegurar *compliance* com a Convenção-Quadro para Controle do Tabaco (CQCT). Concomitantemente, como resultado da investigação, apresenta os Modelos Alternativos de AIIs (*Alternative Model BITs*) como os mais adequados para a implementação da Lei de Embalagem Padronizada (*Plain Packaging Act*), uma diretriz fundamental da CQCT, que foi reforçada pelo Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS) 3.a. Para tanto, a revisão da literatura especializada foi realizada através de uma estratégia sistemática de pesquisa destinada a compilar e avaliar áreas-chave relacionadas a busca pelo equilíbrio entre proteção ao investimento estrangeiro e a consecução de políticas de controle do tabaco. Para alcançar os objetivos propostos, foi efetuada uma comparação entre o *US 2004-2012 Model BIT*, o Uruguai-Suíça *BIT*, o Hong Kong-Austrália *BIT* e os capítulos de proteção ao investimento do *TPP* e *KORUS* (que sintetizam o modelo padrão) e os *Alternative Model BITs* (modelos brasileiro e indiano de AIIs). Por fim, foi desempenhada uma análise específica de dois casos: *Austrália v. Philip Morris* e *Uruguai v. Philip Morris*. A análise produzida atestou que o Modelo Padrão de AIIs provoca o que vem sendo intitulado de *regulatory chill*, mitigando o *policy space* dos Estados para implementarem políticas de saúde pública com custo-benefício social comprovado. Entendeu-se, ainda, que as metas do ODS 17 fortalecem o argumento por trás da necessidade de disseminação do Modelo Alternativo Brasileiro e impulsionam a internalização da Lei de Embalagem Padronizada ao promoverem uma nova abordagem para o desenvolvimento, alinhada com o aparato do Modelo.

Palavras-chave: BITs; ACFIs; *Regulatory Chill*; investidor-Estado; Lei de Embalagem Padronizada.

ABSTRACT

This study focuses on the clashing relationship between the adoption of international agreements to protect foreign investment and States' obligation to respond to public health needs. Primarily, it aims at demonstrating to which extent three key-elements part of the International Investment Agreements (IIAs) impact States' legislative autonomy to implement Tobacco Control policies. The research contribution is twofold. Firstly, it seeks to investigate the possible consequences resulting from provisions that affect Intellectual Property (IP) protection, as well as from investor-state arbitration, on States' policy space for achieving compliance with the Framework Convention on Tobacco Control (FCTC). Concomitantly, illustrating the research results, it aims at indicating Alternative Model BITs as the most appropriate ones to internalise the Plain Packaging Act, a measure which is emphasised by FCTC guidelines and reinforced by Sustainable Development Goal (SDG) 3.a. To that end, the specialised literature was reviewed through a systematic research strategy aimed at compiling and appraising key-areas related to the quest for balancing foreign investment protection with public health policies internalisation. To achieve the proposed objectives, an analysis comparing the US 2004-2012 Model BIT, the URU-SUI BIT, the AUS-HK BIT , TPP and KORUS investment chapters (which synthesize the Standard Model) with the Alternative Model BITs (Alternative Brazilian and Indian Model BITs) was also conducted. Finally, a specific analysis of two cases was conducted: *Australia v. Philip Morris e Uruguay v. Philip Morris*. The results attested that IIAs that follow the Standard Model apparatus cause what has been addressed as "*regulatory chill*", mitigating States' policy space for implementing cost-effective public health policies. It was also understood that SDG 17 Targets strengthen the argument behind the necessity of disseminating the Alternative Brazilian Model BIT and promoting the internalisation of the Plain Packaging Act, as they propose a new approach to development, aligned with the Model's apparatus.

Keywords: BITs; ACFIs; Regulatory Chill; investor-State; Plain Packaging Act.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 Critérios de Inclusão e Exclusão.....	24
Tabela 2 Resultados da Revisão da Literatura.....	24
Tabela 3 Artigos Seleccionados	25
Tabela 4 Modelo Padrão de AII's v. Modelos Alternativos de AII's	71

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 <i>Framework</i> Conceitual.....	80
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACFIs – Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos

AIIs – Acordos Internacionais de Investimento

APCs – Acordos Preferenciais de Comércio

BITs – Acordos Bilaterais de Investimento

CQCT – Convenção-Quadro para Controle do Tabaco

EUA – Estados Unidos da América

ISDS – Solução de Controvérsias investidor-Estado

ODS – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde

PI – Propriedade Intelectual

PMA – Philip Morris Ásia

PMI – Philip Morris Internacional

TPP – Parceria para o Trans-Pacífico

TRIPS – Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio

US – *United States*

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

LISTA DE TABELAS

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

1. INTRODUÇÃO

1.1. VISÃO GERAL

1.2. PROBLEMA DE PESQUISA E HIPÓTESE

1.2.1. Objetivos Geral e Específicos

1.3. METODOLOGIA

2. COMPLEXO DE REGIMES: SOBREPOSIÇÃO E CONFLITOS NORMATIVOS

2.1. TEORIA DOS REGIMES INTERNACIONAIS: ORIGEM, CONCEITO E FATORES

2.2. COMPLEXO DE REGIMES: REFLEXÕES TEÓRICAS E PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS

2.3. SAÚDE GLOBAL COMO COMPLEXO DE REGIMES

2.3.1. Complexo de Regimes de Saúde Global: a Convenção-Quadro para Controle do Tabaco

3. ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO: IMPACTO NO CONTROLE DO TABACO

3.1. MODELO PADRÃO DE AIIS: REGRAS DE INVESTIMENTO TRIPS-PLUS

3.1.1. Propriedade Intelectual como Investimento

3.1.2. Expropriação como regra TRIPS-plus

3.1.3. Interpretações acerca do Tratamento Justo e Equitativo

3.1.4. Arbitragem investidor-Estado como regra TRIPS-plus

3.1.5. A disposição dos elementos-chave nos BITs e nos capítulos de investimento do KORUS e TPP

4. REGULATORY CHILL E POLICY SPACE

4.1. CASOS: AUSTRÁLIA V. PHILIP MORRIS E URUGUAI V. PHILIP MORRIS

4.2. IMPACTO NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI DE EMBALAGEM PADRONIZADA

5. IMPULSIONANDO COMPLIANCE: A LEI DE EMBALAGEM PADRONIZADA E O ODS 3.A.

5.1. MODELOS ALTERNATIVOS DE AIIS: MODELOS BRASILEIRO E INDIANO

5.1.1. O Modelo Alternativo Brasileiro como estratégia

5.2. AS METAS DO ODS 17 COMO MECANISMO

6. CONCLUSÃO

1. INTRODUÇÃO

As áreas de Investimento Internacional, Propriedade Intelectual e Saúde Global são concebidas como campos distintos de conhecimento na área das Relações Internacionais, com aspectos fundacionais e agendas temáticas particulares. Assim, a ligação intersetorial entre elas não é necessariamente explícita. Por outro lado, a promoção da agenda de desenvolvimento sustentável explicitou a interdependência entre esses e outros campos, com base em um conjunto de princípios e valores que estabelecem objetivos e metas a serem alcançados, ao mesmo tempo em que fortaleceu a necessidade de refletir sobre eles de forma integrada.

A implementação da “Convenção-Quadro da Organização Mundial da Saúde para o Controle do Tabaco” (CQCT) é um exemplo prático dessa interconexão. Dois são os motivos. Primeiro, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (ODS) – também conhecido como *Agenda 2030* – estabelecem uma urgência com relação à implementação das medidas da CQCT, como uma meta específica do ODS 3¹. Segundo, o processo de implementação da CQCT é diretamente afetado pelas cláusulas de proteção à propriedade intelectual (PI) e pelo mecanismo de solução de controvérsias de tipo investidor-Estado existentes nos acordos de proteção ao investimento estrangeiro². Especificamente, o impacto se dá por meio da inserção de regras de proteção aos direitos de marca (*trademark protection*) com caráter TRIPS-plus³, que, atreladas ao mecanismo de litigância mencionado, afetam a discricionariedade dos Estados na adoção de determinadas políticas de controle do tabaco.

Considerando esses elementos introdutórios, este trabalho tem como objeto a relação entre a adoção de acordos para proteção do investimento estrangeiro, com regras mais

¹ Meta dos ODS “3.a Fortalecer a implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco em todos os países, conforme apropriado.” (OMS, 2017, p. 27).

² Para os fins desta dissertação, o *US 2004-2012 Model BIT*, o *Uruguai-Suíça BIT*, o *Hong Kong-Austrália BIT* e os capítulos de proteção ao investimento do *TPP* e *KORUS* foram analisados. Mesmo em número reduzido, entende-se que esses acordos sintetizam o modelo padrão disposto nos acordos que compõem o aparato do Regime Internacional de Investimento.

³ O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), negociado ao longo da Rodada Uruguai do GATT (1986-1994), estabeleceu um padrão mínimo obrigatório de proteção à PI a todos os países membros da Organização Mundial do Comércio (OMC). Além disso, harmonizou e homogeneizou os sistemas nacionais desses países sob patamares de proteção elevados. Neste estudo, as regras de proteção ao investimento que incidem sobre os sistemas de proteção à PI serão abordadas. De maneira mais específica, as que impactam os direitos de marca. Essas regras são de caráter TRIPS-plus, isto é, inserem um padrão mais extensivo do que o disposto no TRIPS, elevando ainda mais o patamar de proteção e, por vezes, eliminando flexibilidades asseguradas pelo acordo. Na maioria dos casos, as cláusulas TRIPS-plus utilizam-se dos conceitos vazios encampados pelo TRIPS para aprimorar a proteção dos direitos de PI de modo favorável aos países desenvolvidos e seus interesses privados (CORREA, 2002; GIBSON, 2010; LIBERTI, 2010; ALFORD, 2013; VADI, 2013; FOSTER, 2015). A indústria tabagista se aproveita dessa lacuna interpretativa.

restritivas de direitos de marca, e as obrigações estatais no campo da saúde pública. Detidamente, a análise recai sobre a capacidade dos Estados de implementar a Lei de Embalagem Padronizada (*Plain Packaging Act*), uma diretriz fundamental parte da CQCT, que foi reforçada pelo ODS 3.a.

A justificativa para o referido foco se baseia fundamentalmente em duas questões. Primeiramente, em certa lacuna na literatura, uma vez que vários estudos têm abordado a interface entre as regras de PI e a saúde pública, atentando principalmente para a relação entre o patenteamento de insumos farmoquímicos e de medicamentos e o acesso da população a medicamentos essenciais (MENEZES, 2017). Do mesmo modo, a literatura também vem se dedicando à análise dos impactos sobre a saúde promovidos pela proliferação de acordos preferenciais de comércio, que contém regras específicas de proteção à PI (COOREA, 2004). Entretanto, pouca atenção tem sido dada à forma específica como as regras que estabelecem proteção às marcas, existentes em acordos de proteção ao investimento, afetam políticas de saúde. No caso específico, a implementação eficaz de políticas de controle do tabaco, definidas pela CQCT. Uma segunda razão que justifica a necessidade dessa análise é o aumento de casos de arbitragem tendo como objeto do litígio exatamente medidas de controle do tabaco fundadas em políticas de padronização de embalagens. Trataremos desses casos em seção específica do trabalho.

Consequentemente, buscar-se-á elucidar as especificidades dessa interconexão, objetivando esclarecer o impacto dos referidos acordos sobre o *policy space* dos Estados para internalizarem a Lei de Embalagem Padronizada. Para além, destaca-se o papel que os chamados Modelos Alternativos de Acordos Internacionais de Investimento (AIIs) têm na implementação da referida lei, concebendo a *Agenda 2030* como um mecanismo capaz de fortalecer o argumento em torno da necessidade de disseminar um modelo alternativo entre os países em desenvolvimento.

Teoricamente, o debate proposto se baseia na Teoria dos Regimes Internacionais, uma vez que a abordagem sobre Complexo de Regimes amplia o entendimento da questão ao perceber o processo de implementação da CQCT como um componente: a) submetido à dinâmica de diversos regimes internacionais; e b) influenciado pela forma como o poder é exercido por meio de mecanismos de *enforcement* dos tratados internacionais que incidem sobre o processo.

Essa introdução, componente do primeiro capítulo do estudo, apresenta ainda a visão geral, o problema de pesquisa, a hipótese, os objetivos geral e específicos, e a metodologia. O texto segue dividido em outros cinco capítulos. O capítulo dois aborda a base teórica do

estudo, ao apresentar o conceito de regimes internacionais, analisar os elementos que a literatura específica vem apresentando sobre o Complexo de Regimes e enquadrar Saúde Global sob sua perspectiva. Os resultados da revisão bibliográfica e análise proposta são apresentados nos capítulos três e quatro. O capítulo três discorre sobre a PI entendida como investimento estrangeiro, detalha os três elementos-chave dos AIIs e esclarece como estes aparecem nos acordos analisados. O capítulo quatro foca nos litígios que envolvem políticas de controle do tabaco, enfatizados pela literatura, assim como nos exemplos práticos que denotam o impacto do *regulatory chill* no *policy space* dos Estados para implementarem a Lei de Embalagem Padronizada.

Na sequência, já no capítulo cinco, a discussão proposta pelo estudo é encaminhada, tendo como cerne os Modelos Alternativos de AIIs. O debate em torno do Modelo Alternativo Brasileiro de AIIs como estratégia e das metas do ODS 17 como mecanismo para impulsionar *compliance* dos governos com as diretrizes da CQCT ilustram a contribuição do estudo. Por fim, o capítulo seis expõe as conclusões, ao apresentar o *framework* conceitual desenvolvido, esclarecer as limitações encontradas no decorrer do estudo e destacar as propostas de pesquisas futuras.

1.1. VISÃO GERAL

Os males causados pelo tabagismo são amplamente reportados pela literatura. De acordo com os estudos mais recentes, 7.2 milhões de mortes são ligadas ao consumo do tabaco (OMS, 2018). Também é comprovado que 80% dos fumantes vivem em países em desenvolvimento (OMS, 2018). Entretanto, estudos baseados em evidência comprovam que o tabaco é a causa de morte mais preventiva (COX *et al.*, 2014; FOROUZANFAR *et al.* 2015; PAHO, 2016, 2017; WHO, 2017, 2018).

A devida implementação da Convenção-Quadro é o caminho mais promissor no combate ao uso do tabaco e a exposição ao fumo passivo. Por conseguinte, está em curso um esforço global para aumentar *compliance* com suas principais disposições (OPAS-OMS, 2016, 2017; OMS, 2017, 2018). *Compliance* ocorre quando “as nações alteram seu comportamento, suas relações e expectativas uma com as outras, ao longo do tempo, de acordo com os termos do Acordo” (CHAYNES e CHAYNES, 1993, p.175).

A CQCT é o primeiro tratado com efeito vinculante em resposta às doenças não transmissíveis (DNTs). Embora tenha atingido um notável progresso desde sua entrada em vigor, a maioria dos países em desenvolvimento não implementou suas medidas por

completo, especialmente aquelas que tratam da regulamentação de embalagens de produtos tabagistas (OPAS, 2016; OMS, 2017).

De acordo com a Organização Pan Americana da Saúde (OPAS), a indústria do tabaco seria uma das partes mais interessadas no processo de implementação do tratado, envidando nítidos esforços para “resistir, impedir e sabotar” (OPAS, 2016, p. 5) iniciativas que têm como objetivo aumentar a conscientização pública a respeito dos danos do tabaco. As estratégias utilizadas são variadas, aplicadas nacional e internacionalmente, em diversas jurisdições (HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018). Este estudo centra-se na ameaça imposta a nível internacional.

No que diz respeito à esfera internacional, a via mais utilizada pela indústria do tabaco para restringir a autonomia legislativa dos países se dá por meio do aparato normativo do regime internacional de investimento. O regime compila dois tipos de AIIs: os acordos bilaterais de investimento (BITs) e os capítulos de investimento parte de acordos preferenciais de comércio (APCs) (CORREA, 2010; LIBERTI, 2010; RUSE-KHAN, 2010; MUZAKA, 2011; VADI, 2013). Ao longo das três últimas décadas houve uma proliferação de BITs e de APCs contendo cláusulas explícitas para a proteção à PI que extrapolam os padrões mínimos estabelecido pelo Acordo TRIPS. No caso específico dos acordos e capítulos de proteção ao investimento, ao se considerar a PI como um tipo de investimento estrangeiro, essa passa a estar submetida a novas formas e meios de proteção, típicos da proteção a investimentos, incidindo sobre determinadas políticas públicas, inclusive as de controle do tabaco (CORREA, 2010; LIBERTI, 2010; RUSE-KHAN, 2010; MUZAKA, 2011; VADI, 2013).

Em geral, além de criarem novos entendimentos e formas de proteção ao direito de marca dos investidores estrangeiros, esses acordos apresentam “áreas cinzentas” no que se refere à proteção à propriedade privada, garantias ao investidor e prerrogativas estatais. Desse modo, o entrelace entre investimento estrangeiro e políticas antitabagismo se dá pela forma específica em que os direitos de marca são dispostos nos acordos. A definição vaga do instituto da expropriação, assim como do escopo abarcado pelo princípio do Tratamento Justo e Equitativo, são exemplos de normativas substanciais com impacto direto nos direitos de marca e, conseqüentemente, na implementação de políticas de controle do tabaco (CORREA, 2002; GIBSON, 2010; ALFORD, 2013).

O instituto da expropriação é o primeiro elemento-chave do Modelo Padrão de AIIs, nas suas formas direta e indireta. A expropriação direta ocorre quando o governo “ordena a transferência de propriedade privada para o Estado” (GIBSON, 2010, p. 448). A expropriação indireta, por sua vez, é entendida como uma medida do governo que “embora não

expropriatória, resulta em uma ‘retirada’ dos ativos do investidor estrangeiro” (GIBSON, 2010, p. 448). Partindo desse entendimento, a expropriação indireta ocorre quando a expectativa de lucro dos investidores é afetada de maneira equivalente a uma expropriação direta. Destarte, sua definição é vaga, permitindo interpretações que podem impactar várias medidas adotadas pelo Estado receptor do investimento. Nesse sentido, a indústria tabagista vem alegando que determinadas políticas governamentais resultam em expropriação indireta de suas marcas, uma vez que afetam a expectativa de lucro (CORREA, 2002; GIBSON, 2010; ALFORD, 2013).

O Tratamento Justo e Equitativo, segundo elemento-chave do Modelo Padrão de AIIs, é parte essencial do Direito Internacional (consuetudinário). Não há consenso sobre o seu significado, mas, em geral, restringe-se a duas linhas interpretativas (GIBSON, 2010; ALFORD, 2013). Em primeiro lugar, exige que os governos “se abstenham de interferir nas expectativas legítimas de um investidor” (GIBSON, 2010, p. 438). Em segundo lugar, que os governos “evitem uma negativa do acesso a justiça, agindo de acordo com os princípios gerais do devido processo legal” (GIBSON, 2010, p. 438). O amplo escopo atribuído a esse princípio abre margem para interpretações prejudiciais ao interesse público do Estado receptor do investimento. Novamente, a indústria tabagista vem utilizando esse elemento para embasar a abertura de litígios (CORREA, 2002; GIBSON, 2010; ALFORD, 2013).

Somado a isso, o Modelo Padrão de AIIs adiciona normativas procedimentais consolidadas em um novo sistema de observância de direitos (*investor-State Dispute Settlement System - ISDS*). Destarte, o modelo formaliza a arbitragem investidor-Estado como mecanismo de solução de litígios - *enforcement mechanism* (CORREA, 2010; SCHILL, 2010-2015; VADI, 2013; FOSTER, 2015). O sistema ISDS é o terceiro elemento-chave do referido modelo. A arbitragem investidor-Estado provê a oportunidade para um investidor estrangeiro abrir um litígio internacional contra o Estado receptor do investimento visando à compensação por possíveis prejuízos quanto à expectativa do investidor ou o desrespeito ao devido processo legal. O procedimento acontece sob o auspício do AII a que ambas as Partes estão submetidas, uma vez que o Estado venha a descumprir alguma das regras de proteção ao investimento estabelecida no referido acordo (CORREA, 2010; SCHILL, 2010, 2015; VADI, 2013; FOSTER, 2015). Assim sendo, a arbitragem investidor-Estado, como mecanismo de *enforcement*, permite a “imposição real ou ameaça de custos” (THOMPSON, 2013, p. 503) ao Estado violador das prerrogativas dispostas no acordo. Por vezes, em detrimento do caráter social atribuído as medidas governamentais então consideradas como infringentes.

Os impactos que esses três elementos-chave parte do Modelo Padrão de AIIs oferecem sobre a saúde pública são controversos e incertos. Entretanto, é fato consolidado que o Regime de Investimento se tornou uma plataforma para reclamações através de litígios investidor-Estado, sob montantes elevados (CORREA, 2010; SCHILL, 2010; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN AND NOTTAGE, 2017; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018). Os casos existentes envolvendo políticas de controle do tabaco (*Austrália v. Philip Morris* e *Uruguai v. Philip Morris*), objeto de análise deste estudo, são embasados exatamente nos mencionados elementos.

Esse cenário e os casos de litígio com base nas cláusulas investidor-Estado têm produzido um fenômeno que vem sendo entendido como *regulatory chill*. O *regulatory chill* ocorre quando a autonomia legislativa dos Estados para “promulgar certas medidas regulatórias ou política pública” (SHEKHAR, 2016, p.21) é negativamente afetada, gerando atrasos, modificações ou cancelamentos da internalização de uma lei ou regulamento “como resultado da arbitragem, ou a ameaça da mesma, sob as disposições do ISDS” (SHEKHAR, 2016, p. 21).

Em vista disso, o aparato do Modelo Padrão de AIIs e consequente “*chilling effect*” mitiga o *policy space* dos Estados para implementarem políticas públicas responsivas às necessidades sociais (SHADLEN, 2005; TIENHAARA, 2010; MITCHELL e STUDDERT, 2012; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN AND NOTTAGE, 2017; TOBIN, 2018). O *policy space* envolve “a autoridade formal dos legisladores nacionais sobre instrumentos de política pública” (MAYER, 2009, p. 376) necessária para a implementação eficaz da CQCT.

A Lei de Embalagem Padronizada é uma medida com custo-benefício comprovado que estaria sendo restringida, uma vez que se tornou alvo da indústria do tabaco via regulamentações dispostas nos AIIs. Tendo em vista que a lei aplica uma regulamentação mais restritiva aos direitos de marca, ao padronizar as embalagens de produtos tabagistas, a indústria do tabaco tem usado o mecanismo de *enforcement* do ISDS para solicitar indenizações quando entende haver violação de cláusulas parte do AII (TIENHAARA, 2010; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN E NOTTAGE, 2017; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Destarte, o Modelo Padrão de AIIs, alicerçado na arbitragem investidor-Estado, estaria abrindo um espaço para os investidores atuarem de maneira perigosa e mitigarem o *policy space* dos países em desenvolvimento para internalizar, por completo, as medidas sugeridas pela Convenção-Quadro. Isso posto, a possibilidade de enfrentar uma arbitragem investidor-Estado pode ser uma das principais razões que justifica o fato dos países em desenvolvimento

não apresentarem *compliance* com as diretrizes da CQCT, uma vez que até países desenvolvidos vêm enfrentando litígios onerosos e longos (TIENHAARA, 2010; MITCHELL e STUDDERT, 2012; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN e NOTTAGE, 2017; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Esse cenário resultou na crise do sistema ISDS, desencadeando inúmeras demandas por reforma. Reformas “incrementais”, “institucionais” e “fundamentais” foram propostas por parte de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Mais uma vez, o foco é restringido e o estudo visa analisar as reformas fundamentais encabeçadas por países em desenvolvimento. As reformas fundamentais visam evitar o mencionado *chilling effect* provocado pela arbitragem investidor-Estado através de Modelos Alternativos de AIIs. Desta feita, a necessidade de lançar luz sobre modelos alternativos se revela, quando da análise de estratégias para impulsionar a implementação da Convenção-Quadro (SHEKHAR, 2016; RUCKERT *et al.*, 2017; CROSBIE e THOMPSON, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

No que tange à implementação da CQCT, este estudo reduz o escopo da análise para a Lei de Embalagem Padronizada. O foco é justificado pelo fato de que, até o momento, muitos países regulamentaram os produtos de tabaco e até exibiram advertências gráficas de saúde nas embalagens. Entretanto, nenhum país em desenvolvimento implementou a Lei de Embalagem Padronizada na sua integralidade (GOLDBERG *et al.*, 1999; PROCHASKA *et al.*, 2008; ALTHAF, 2013; HATCHARD *et al.*, 2014; YOUNG *et al.*, 2014; BRENNAN *et al.*, 2015; MORTON e GROELÂNDIA, 2018; OPAS, 2018).

O processo de implementação da CQCT, notadamente a necessidade de *compliance* com a Lei de Embalagem Padronizada, é fortalecido pela *Agenda 2030*. A agenda propõe a harmonização das dimensões social, econômica e ambiental para promover o desenvolvimento sustentável. Seu cumprimento depende da realização de dezessete objetivos, com base nas respectivas metas e indicadores pré-estabelecidos. Além disso, indica a utilização de uma abordagem holística e intersetorial no intuito de implementar iniciativas que resultam em mudanças estruturais (KOEHLER, 2015; GORE, 2015; LE BLANC, 2015; FUKUDA-PARR, 2016; OMS, 2017).

Na mesma linha, o ODS 3, através da Meta 3.a., propõe a completa implementação da CQCT como “meios para alcançar” “saúde e bem-estar”. O avanço da meta é mensurado pelo Indicador 3.a.1., que mede a “prevalência de tabagismo em maiores de 18 anos” (OMS, 2017, p. 27). Como as consequências do tabaco para o desenvolvimento são fortemente enfatizadas

pela agenda, as políticas e estratégias baseadas nos valores e princípios encampados pelos ODS fortalecem o cumprimento das medidas indicadas pela Convenção-Quadro (UNCTAD, 2015a-b; LE BLANC, 2015; OMS, 2017).

Concomitantemente, o ODS 17 almeja “fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável” (ONU, 2018, p. 4). Portanto, viabiliza uma abordagem diferente, quando tratando de desenvolvimento, indicando a necessidade de modelos alternativos para promover cooperação. Considerando que o Objetivo estimula a promoção do comércio justo e da capacitação dos Estados; além de assegurar o *policy space* e reforçar a coerência nas políticas públicas, migrar a discussão sobre a necessidade de disseminação de um Modelo Alternativo de AIIs para o arcabouço da agenda pode ser uma estratégia eficiente (BERNASCONI e BRAUCH, 2015; GORE, 2015; UNCTAD, 2015a-b ELDER, BENGTSSON e AKENJI, 2016; RUCKERT *et al.*, 2017).

Tendo em vista o exposto, a introdução segue com a exposição do problema de pesquisa e hipótese, assim como da metodologia utilizada.

1.2. PROBLEMA DE PESQUISA E HIPÓTESE

Este estudo objetiva responder ao seguinte problema de pesquisa: de que maneira o Modelo Padrão de AIIs incide sobre a discricionariedade dos Estados para implementarem a Convenção-Quadro de Controle do Tabaco? Detidamente, como as normas de proteção aos direitos de marca e o sistema de solução de controvérsias de tipo investidor-Estado, presentes nesse modelo, impactam o *policy space* dos Estados para implementarem a Lei de Embalagem Padronizada?

Para tanto, parte da hipótese de que o Modelo Padrão de AIIs limita a capacidade dos países de implementar a Convenção-Quadro, uma vez que os acordos produzem um *chilling effect* e a consequente redução do *policy space*.

1.2.1. Objetivos Geral e Específicos

Este estudo objetiva investigar os impactos que os acordos internacionais de proteção ao investimento estrangeiro impõem sobre a capacidade dos Estados implementarem políticas públicas essenciais de controle do tabaco. Buscar-se-á compreender, de forma mais específica, como determinadas cláusulas que estabelecem regras de proteção à PI e criam mecanismos de observância desses direitos podem limitar o *policy space* dos Estados para

assegurar *compliance* com a Convenção-Quadro, internalizar a Lei de Embalagem Padronizada e cumprir com o ODS 3.a.

Para tanto, os seguintes objetivos específicos são elencados. Primeiramente, estabelecer a interconexão entre os regimes de Investimento Internacional, Propriedade Intelectual e Saúde Global, tendo por base a Teoria do Complexo de Regimes. Em segundo lugar, elucidar de que forma as normas que compõem o arcabouço do Modelo Padrão de AIIs, de caráter substancial e procedimental, podem mitigar o *policy space* dos Estados para *comply* com a Convenção-Quadro. Em terceiro, analisar a possibilidade de disseminação de um Modelo Alternativo de AIIs entre os países em desenvolvimento, visando à mitigação da ameaça de arbitragem investidor-Estado e a consequente proteção do *policy space* dos Estados para internalizarem a Lei de Embalagem Padronizada. Por fim, apresentar as metas do ODS 17 como um mecanismo promissor para atingir o equilíbrio entre os direitos do investidor estrangeiro e a implementação de políticas de controle do tabaco com custo benefício comprovado.

1.3. METODOLOGIA

A metodologia aplicada no decorrer do estudo foi embasada numa abordagem qualitativa empregada a partir da revisão da literatura e posterior análise dos acordos que sintetizam o Modelo Padrão de AIIs. A revisão da literatura foi realizada por meio de uma estratégia sistemática de busca, visando a compilar e analisar as principais áreas temáticas relacionadas ao problema de pesquisa proposto. Os principais bancos de dados da Ciência Política, Relações Internacionais e Saúde Global foram explorados, tendo como base os seguintes termos-chave: “BITs”; “Lei de Embalagem Padronizada”; “Arbitragem investidor-Estado”; “*Regulatory Chill*”; “Reformas ISDS” e “Modelos Alternativos de AIIs”. Os critérios de inclusão e exclusão foram então considerados para filtrar os artigos - Tabela 1.

Num segundo momento, a leitura do resumo dos artigos extraídos foi realizada para eliminar duplicações. Posteriormente, uma segunda leitura, dessa vez incluindo tópicos importantes como introdução, metodologia e conclusões, foi feita para descartar estudos que não atendiam a todos os critérios de inclusão mencionados. Por fim, foram selecionados estudos robustos, considerando os pontos fortes e fracos da metodologia e análise crítica aplicada. O número final de artigos selecionados está listado na Tabela 2. Os artigos considerados relevantes para o estudo proposto, dissecados de acordo com cada termo-chave listado anteriormente, estão organizados na Tabela 3.

Ao analisar esses artigos, os resultados que embasaram a argumentação do estudo foram sistematizados, enquanto a lacuna da literatura foi identificada. Em relação aos resultados, dois aspectos devem ser destacados, uma vez que fundamentam a análise proposta. Em primeiro lugar, a literatura ressaltou dois casos que envolvem arbitragem investidor-Estado no tocante às políticas de controle do tabaco (*Austrália v. Philip Morris* e *Uruguai v. Philip Morris*). Em segundo lugar, os dois Modelos Alternativos de AIIs (modelo brasileiro e modelo indiano de AIIs) também foram assinalados pela literatura. Esses aspectos são detalhados a seguir, no passo a passo da análise.

A análise partiu de uma perspectiva indutivista visando a produzir uma “explicação geral” sobre os impactos que as regras internacionais de proteção ao investimento estrangeiro produzem sobre determinadas políticas de controle do tabaco, especificamente, no processo de internalização da Lei de Embalagem Padronizada. Para tanto, teve como objeto os dois casos de arbitragem elencados pela literatura, assim como um conjunto de acordos que, mesmo reduzido em termos numéricos, cobre os elementos-chave que compõem o aparato dos AIIs e as reformas propostas para o sistema ISDS.

O conteúdo dos acordos selecionados (*US 2004-2012 Model BIT*; *SUI-URU BIT*; *AUS-HK BIT*; *KORUS*; *TPP*) foi analisado a partir de questões e problemáticas levantadas pela literatura compilada, detidamente, no que concerne às cláusulas específicas de proteção ao investimento que tocam aspectos de proteção à PI - direitos de marca – e o sistema ISDS. Em seguida, uma comparação entre a forma como os referidos acordos tratam os três elementos-chave previamente destacados (instituto da expropriação; Tratamento Justo e Equitativo; ISDS), e a abordagem dada pelos modelos alternativos ressaltados na literatura (modelos brasileiro e indiano de AIIs), foi conduzida. A tabela 4 (disposta no capítulo 4 desse estudo) enfatiza as diferenças cruciais entre o Modelo Padrão de AIIs e os citados Modelos Alternativos de AIIs.

Por fim, mesmo reconhecendo a impossibilidade de trazer uma resposta universal e inequívoca, tendo em vista as características do próprio objeto⁴ de análise e do campo multisetorial em que este se encontra, buscou-se apresentar resultados robustos, capazes de embasar estudos futuros.

⁴ Apesar dos capítulos de investimento dos APCs, e BITs assinados por países que não os EUA, seguirem um formato muito semelhante ao Modelo Padrão de AIIs (US 2004-2012 Model BIT), o processo de negociação com seus parceiros acaba levando a pequenas alterações no texto final e em determinadas cláusulas, o que pode trazer diferenciações nos impactos dos Acordos. Além disso, os Modelos Alternativos ainda são incipientes, limitando a capacidade de análise. Ademais, os países signatários possuem sistemas nacionais de proteção à PI e de saúde pública diferentes. Entretanto, o objetivo não é analisar os efeitos domésticos caso a caso, mas sim a dimensão internacional/regional desse processo.

CrITÉRIOS de Inclusão	CrITÉRIOS de Exclusão
Artigos <i>Peer-Reviewed</i>	Artigos Sem <i>Peer-Review</i>
Relatórios Técnicos das Organizações Internacionais	Relatórios Não-Oficiais
Recomendações das Organizações Internacionais	Revisão Não-Oficial de Documentos
Escritos em Inglês ou Português	Escrito em outros idiomas
Artigos que abordam criticamente os elementos de cada Termo-Chave:	Artigos limitados a uma análise ampla (descritiva) de cada Termo-Chave:
<ul style="list-style-type: none"> • BITs (analisam criticamente as cláusulas TRIPS-plus e a consequente ameaça à formulação de políticas de saúde) • Lei de Embalagem Padronizada (analisam criticamente a ameaça da indústria do tabaco na internalização da Lei) • Arbitragem investidor-Estado (analisam criticamente o impacto do sistema ISDS no <i>policy space</i> dos Estados) • <i>Regulatory Chill</i> (analisam criticamente o <i>chilling effect</i> causado pela arbitragem na implementação de políticas antitabagistas) • Reformas ISDS (analisam criticamente a propositura de reformas do sistema ISDS, detidamente a reforma fundamental) • Modelos Alternativos de AIIs (analisam criticamente Modelos propostos pelos países em desenvolvimento) 	<ul style="list-style-type: none"> • BITs (análise ampla (descritiva) do aparato e provisões dos BITs, sem aprofundamento na ameaça à formulação de políticas de saúde) • Lei de Embalagem Padronizada (análise ampla (descritiva) das provisões indicadas na Lei) • Arbitragem investidor-Estado (análise ampla (descritiva) do aparato do sistema ISDS) • <i>Regulatory Chill</i> (análise ampla (descritiva) do <i>chilling effect</i> em áreas não correlatas as Políticas de Controle do Tabaco) • Reformas ISDS (análise ampla (descritiva) das diversas modalidades de reformas do sistema ISDS sugeridas) • Modelos Alternativos de AIIs (análise ampla (descritiva) dos diversos Modelos Alternativos sugeridos por países desenvolvidos)

Tabela 1 Critérios de Inclusão e Exclusão – elaboração própria

Termos-Chave	Artigos Selecionados Sem Filtro	Artigos Selecionados Critérios de Exclusão
BITs	987	17
Lei de Embalagem Padronizada	524	15
Arbitragem investidor-Estado	459	19
<i>Regulatory Chill</i>	117	7
Reformas ISDS	134	7
Modelos Alternativos de AIIs	96	8
Total	2317	73

Tabela 2 Resultados da Revisão da Literatura – elaboração própria

Termos-Chave	Artigos Seleccionados
BITs	VADI, 2009,2013; GIBSON, 2010; LIBERTI, 2010; VANDEVELDE, 2010; RUSE-KHAN, 2011; SY, 2011; RUTHEDGE, 2012; ALFORD, 2013; CORREA, 2013; KELSEY, 2013; WANG, 2013; MERCURIO, 2014; FOSTER, 2015; SCHILL, 2010,2015; SUD, BRENNER e SHAFFER, 2015.
Lei de Embalagem Padronizada	WHO, 2003,2017,2018; MAMADU <i>et al.</i> , 2014; MITCHELL e VOON, 2014; UNDP, 2014; ECKHARDT, HOLDEN, e CALLARD, 2015; FOROUZANFAR <i>et al.</i> 2015; WIPFLI e SAMET, 2016; PAHO, 2016,2018; FOOKS, SMITH e HOLDEN, 2017; RUCKERT <i>et al.</i> , 2017; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; MORTON e GREENLAND, 2018.
Arbitragem investidor-Estado	FREEMAN, SIMON e MATTHEW, 2008; NIGEL, 2009; RUSE-KHAN, 2009,2010,2014; BROWN e MILES, 2011; FIEZZONI, 2011; LOSARI, ROJID e RINCÓN, 2012; OSTRÁNSKÝ, 2012; VADI, 2012; BROWN, 2013; HARTEN, 2013; KOIVUSALO, 2014; BLOUIN, 2017; BONNITCHA, 2017; CROSBIE e THOMPSON, 2018; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018.
<i>Regulatory Chill</i>	TIENHAARA, 2010; BROWN, 2013; TURIA, 2013; CÔTÉ, 2014; SHEKHAR, 2016; HEPBURN e NOTTAGE, 2017; SCHRAM <i>et al.</i> , 2018.
Reformas ISDS	UNCTAD, 2015a; UNCTAD, 2015b; ANKERSMIT, 2018; DELANY, SIGNAL e THOMPSON, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018.
Modelos Alternativos de AIIs	BERNASCONI, 2015; BERNASCONI e BRAUCH, 2015; MOROSINI e BADIN, 2015; GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018.

Tabela 3 Artigos Seleccionados – elaboração própria

2. COMPLEXO DE REGIMES: SOBREPOSIÇÃO E CONFLITOS NORMATIVOS

A Teoria dos Regimes Internacionais, como é de se esperar, mostra-se inacabada e permeada de lacunas. Diante da multiplicação de áreas de cooperação entre os Estados e da consequente proliferação de regimes, uma dessas lacunas ganhou relevância: o fato de a Teoria ser insuficiente para explicar o fenômeno decorrente da interação entre regimes distintos, porém, aninhados por questões comuns, por vezes conflitantes.

Essa problemática tangencia aspectos de limites e intersecção entre diversos regimes, atendo-se, mais especificamente, à decorrente sobreposição e conflitos normativos. Isso se dá tendo em vista que, contemporaneamente, algumas temáticas não estão restritas a um regime único e próprio, na medida em que seus elementos afetam e são impactados por várias regras e procedimentos constantes em diferentes regimes. Entretanto, cada um dos regimes contém seus princípios e normas particulares.

O desdobramento da sobreposição entre regimes é a probabilidade de haver choque entre normas que são baseadas em princípios divergentes. Por um lado, esse cenário pode produzir incertezas e causar problemas de coordenação que impactam no *compliance* com determinados acordos; por outro, pode despertar esforços para aumentar a coerência entre os regimes elementares. A literatura mostra que o debate em torno das características, consequências e conceituação do que pode ser enquadrado como Complexo de Regimes segue acirrado, trazendo luz à discussão e deixando clara a necessidade do reconhecimento da existência da interligação entre regimes elementares. Desse modo, o aprofundamento no estudo desse fenômeno é crucial para avaliar a governança transnacional que marca algumas áreas específicas.

Partindo do exposto, este capítulo pretende, inicialmente, apresentar as bases do conceito de regimes internacionais e discutir o papel destes no comportamento e na tomada de decisão dos atores em direção ao *compliance* com suas respectivas normas. Essa discussão abre caminho para, num segundo momento, analisar os elementos que a literatura específica vem apresentando sobre Complexo de Regimes. Em um terceiro momento, mais específico no que tange o problema de pesquisa proposto, busca-se aplicar a abordagem do Complexo de Regimes ao campo da Saúde Global. Entende-se que essa perspectiva pode contribuir significativamente com a compreensão do atual cenário de choque de normas e sobreposição de regimes inerente ao campo. O processo de implementação da CQCT, notadamente a

internalização da Lei de Embalagem Padronizada, é o exemplo utilizado para consolidar esse entendimento.

2.1. TEORIA DOS REGIMES INTERNACIONAIS: ORIGEM, CONCEITO E FATORES

A Teoria dos Regimes Internacionais tem sua origem nos anos 1970, notadamente com a publicação do artigo “*International responses to technology: concepts and trends*” de John Gerard Ruggie (1975). O conceito de regime internacional apresentado nessa obra foi tratado como “um conjunto de expectativas mútuas, regras e regulamentos, planos, energias organizacionais e compromissos financeiros, que foram aceitos por um grupo de Estados” (RUGGIE, 1975, p. 16).

A partir dessa definição, suscitou-se um considerável debate entre teóricos e acadêmicos das Relações Internacionais sobre a temática. Nessa linha, destaca-se o estudo de Robert Keohane (1982) intitulado “*The demand for International Regimes*”. Na análise, o autor busca compreender melhor a ordem e a cooperação internacional a partir do aprofundamento do estudo da formação dos regimes, alicerçado na teoria da escolha racional (KEOHANE, 1982).

No texto clássico de Stephen Krasner (1982), “*Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables*”, o autor avança sobre essa discussão estudos agregando novas visões ao conceito, tornando-se referência para o campo da Teoria dos Regimes. O autor define regimes internacionais como “princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões em determinada área das relações internacionais em torno dos quais convergem as expectativas dos atores” (1982, p. 93). Conceito que, desde então, vem a consolidar-se na literatura (KRASNER, 1982).

Krasner (1982) divide o conceito de regimes em dois blocos, com os princípios e normas de um lado, e regras e procedimentos de outro. Princípios e normas são fundadores do regime. Destarte, diante de qualquer mudança nesses dois aspectos, haverá uma mudança de regime. Já mediante alguma alteração nas regras e procedimentos, teremos uma mudança no regime, havendo a possibilidade de melhoramento deste ou mesmo de emergência de contradições internas a ele (KRASNER, 1982). Essa divisão e esclarecimento do conceito são de extrema importância para a discussão proposta.

Os regimes elementares de PI e investimento regulamentam e incidem, respectivamente, sobre a proteção às marcas que, por sua vez, impacta diretamente nas políticas antitabagistas

normatizadas sob o aparato do regime de Saúde Global. Assim, de acordo com esse conceito, mesmo que os três regimes elementares regulem uma questão específica - implementação da Convenção-Quadro - o fato de cada um partir de princípios e normas particulares, eventualmente contraditórias, consolida a distinção entre eles. É justamente essa estrutura de interlace entre regimes elementares que demonstra a insuficiência da Teoria de Regimes para explicar o contexto atual, abrindo margem para sua reanálise e surgimento da discussão em torno do Complexo de Regimes.

Esse interlace gera conflito de princípios e normas, podendo impactar determinado regime ao ponto de causar mudanças de interpretação em relação à aplicação de uma regra e, em alguns casos, modificar procedimentos internos, causando mudança no regime. Como veremos, a demanda por reforma do sistema ISDS, principalmente a propositura de Modelos Alternativos de AIIs, que modificam o procedimento de solução de controvérsias, resultariam em uma mudança no regime de investimento internacional.

Uma vez esclarecido a origem e o conceito, resta compreender como se dá a demanda por regimes; quais são seus fatores causais básicos e; quais as condições que levam ao *compliance* com suas regras e procedimentos.

No que remonta ao motivo dos Estados demandarem regimes internacionais, temos a leitura de Keohane (1982), que parte de uma perspectiva sistêmica e que se baseia nos constrangimentos e incentivos. Segundo o autor, os regimes facilitam a formulação de acordos ao estabelecerem princípios, normas, regras e procedimentos que ajudam os atores a preverem comportamentos e ultrapassarem barreiras coletivamente. Assim, quando os Estados se veem frente à necessidade de tomar uma decisão com base em uma escolha estratégica, os regimes se tornam uma opção viável. A razão é a diminuição dos custos de transação, principalmente por proporcionarem acesso a informações (KEOHANE, 1982).

Entretanto, as mudanças que ocorrem no sistema alteram os custos de oportunidade e, por consequência, o comportamento dos atores quanto aos regimes (KEOHANE, 1982). Aqui, vale acrescentar que os regimes não são estáticos, podendo inclusive modificar-se de acordo com os interesses e barganha política dos Estados. Destaca-se, então, a considerável mudança de comportamento dos países em desenvolvimento em relação ao Regime de Investimento Internacional, resultando na mencionada reforma do ISDS e propostas de Modelos Alternativos de AIIs.

A respeito dos fatores causais, têm-se algumas variáveis básicas mais comuns. A primeira seria o autointeresse, que implica em um comportamento maximizador e egoísta por parte dos atores internacionais, isto é, a busca pela lógica da maximização dos benefícios e

minimização dos custos (KRASNER, 1982). O poder é outro fator causal, geralmente utilizado a serviço de interesses particulares. De acordo com Krasner (1982), pode ocorrer por duas vias. Na primeira - *payoff* fixo - a hegemonia estabelece o *payoff* do jogo. Na segunda, o poder é utilizado para alterar o *payoff* através de regras e procedimentos do regime (Krasner, 1982). Como veremos a seguir, esse poder capaz de alterar o *payoff* é exercido através de *hard laws*, dotadas de mecanismos de *enforcement*. No caso específico de controle do tabaco, através do procedimento de solução de litígios (ISDS) parte do Modelo Padrão de AIIs. Por fim, apontam-se os valores e princípios, fatores causais necessários para o surgimento de regimes; e o conhecimento, fator causal que “cria uma base para a cooperação ao destacar as interconexões complexas que não eram previamente entendidas” (KRASNER, 1982, p. 106).

No que toca as condições que levam ao *compliance* com as regras e procedimentos de determinado regime, destacam-se as abordagens das áreas do Direito Internacional e das Relações Internacionais. Cada uma dessas abordagens baseia-se em diferentes perspectivas, diretamente ligadas a uma corrente específica. A abordagem do Direito Internacional baseia-se na corrente normativa. A abordagem das Relações Internacionais, por sua vez, pode basear-se tanto na corrente realista, quanto na corrente institucionalista (CHAYES e CHAYES, 1993).

A abordagem do Direito Internacional, enraizada na corrente normativa, advoga no sentido de que os Estados se submetem, nas diversas áreas, a praticamente todas as regras e procedimentos normatizados nos regimes que fazem parte. Essa corrente está diretamente alicerçada no princípio norteador do Direito Internacional, *pacta sunt servanda* (o que é acordado deve ser obedecido). Isso posto, os Estados tendem a *comply* com as regras e procedimentos dos regimes que são parte (CHAYES e CHAYES, 1993).

De acordo com a abordagem das Relações Internacionais, sob a visão da corrente realista, *compliance* estaria diretamente ligado aos interesses dos Estados diante de um referido regime. Isso se dá pelo fato de que a corrente realista, resumidamente, enquadra os instrumentos do Direito Internacional como meros epifenômenos. No caso, os Estados só se submetem as regras e procedimento dos regimes que são parte quando os mesmos estão alinhados aos seus interesses particulares, ou, no caso dos países com menos poder de barganha, quando são forçados a isso (CHAYES e CHAYES, 1993).

Por outro lado, sob a ótica da perspectiva institucionalista, *compliance* está atrelado aos benefícios que os regimes podem trazer aos Estados, principalmente por oferecerem informações cruciais. No caso, a perspectiva enfatiza que os regimes facilitam a cooperação ao mitigarem os conflitos. Isto é, *compliance* ocorreria visando a ganhos coletivos, fortemente

alicerçados no aparato organizacional e na possibilidade de previsões diante das informações disponibilizadas. Nesse sentido, configurar-se-ia um cenário de considerável legitimidade conferida aos regimes, consolidando um jogo de custo-benefício positivo e consequente observância de normas (CHAYES e CHAYES, 1993).

Abram Chayes e Antonia Chayes (1993) afirmam que a visão basilar para a análise deve ser a normativa, encampada pela abordagem do Direito Internacional, uma vez que entendem como certo a suposição inicial de que os Estados tendem a observar as normas acordadas. Assim, listam algumas considerações que consolidam essa corrente, apresentando alguns fatores que justificam essa suposição de tendência geral para observarem as normas (CHAYES e CHAYES, 1993).

O primeiro fator seria a eficiência, isto é, o grau de vinculação legal que a norma impõe sobre os atores. Este oscila entre os dois extremos do espectro. De um lado, normas *legally binding* – com efeito vinculante imediato. De outro, normas de caráter voluntário – com efeito de recomendação. Geralmente, torna-se mais custoso desviar do padrão de cumprimento num cenário de normas com efeito vinculante. O segundo fator seria os interesses, já discutidos anteriormente neste tópico. E, por fim, a força das normas, que oscila num espectro entre *soft laws*, isto é, mais brandas no sentido do efeito vinculante; e *hard laws*, com alto grau de *enforcement*, dotadas de mecanismos para garantir seu cumprimento. O *enforcement* é o principal mecanismo de garantia da observância das regras, evitando que a violação dessas se torne uma conduta comum ao desestimular terceiros através da punição ou ameaça da mesma (CHAYES e CHAYES, 1993).

O fato de que alguns regimes possuem mecanismos mais rigorosos de *enforcement* está no centro dessa discussão, ao passo que impactam diretamente no *compliance* para com as regras e procedimentos de determinado regime (CHAYES e CHAYES, 1993). Desse modo, cada regime incide de forma diferente sobre o *policy space* dos Estados para internalizarem medidas responsivas às necessidades sociais, por exemplo, diretrizes de controle do tabaco. No decorrer deste trabalho, ficará claro o impacto do mecanismo de *enforcement* nas implicações decorrentes da sobreposição de regimes, principalmente ao aplicarmos a teoria à prática que marca o campo da Saúde Global. Destarte, uma análise mais detida do Complexo de Regimes se faz necessária para a compreensão do funcionamento de qualquer regime, em particular.

2.2. COMPLEXO DE REGIMES: REFLEXÕES TEÓRICAS E PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS

Em contraste a presença de regimes unitários, com uma área temática específica e altos níveis de coerência normativa, o cenário atual é marcado pela sobreposição de regimes elementares, assim como dos seus respectivos acordos, múltiplas instituições e agendas. Essa nova arquitetura do sistema internacional gerou questionamentos acerca da Teoria dos Regimes, iniciando novos debates que proporcionaram o entendimento do que vem sendo enquadrado como Complexo de Regimes (RAUSTIALA e VICTOR, 2004; RAUSTIALA, 2006; YU, 2007; ALTER e MEUNIER, 2009; DREZNER, 2009; KEOHANE e VICTOR, 2011; AULD e GREEN, 2012; GEHRING e FAUDE, 2013; MARGULIS, 2013; MORIN e ORSINI, 2013; ORSINI, MORIN e YOUNG, 2013).

Nos termos de Raustiala e Victor (2004, p. 279), “um Complexo de Regimes pode ser entendido como um conjunto de instituições não hierárquicas que parcialmente se sobrepõem e regulam uma determinada área temática”. Isto é, instituições pertencentes a regimes díspares encontram pontos de intersecção regulatória entre si, por compartilharem uma mesma área temática. Assim, uma área temática passa a ter regras e procedimentos distribuídos em diversos regimes, influenciando e sendo influenciados por princípios e normas que, muitas vezes, conflitam entre si (RAUSTIALA e VICTOR, 2004).

Nesse mesmo caminho, com pretensão de tornar o conceito mais preciso, Auld e Green (2012) esclarecem que um Complexo de Regimes apresenta outras duas características-chave para além da estrutura horizontal (não hierárquica) entre as instituições. A primeira seria a presença de um “regime elementar”, que pode sobrepor-se funcionalmente aos demais regimes. Ao passo que a segunda diz respeito ao surgimento de uma dependência normativa entre as referidas instituições (AULD e GREEN, 2012).

Entretanto, não restava clareza se um Complexo de Regimes refletia meramente a soma das suas instituições ou se ele criava uma nova ordem, que transcendia o aparato de cada uma dessas instituições. Destarte, pesquisadores começaram a questionar o conceito, enfatizando que uma definição vaga possibilitaria sua aplicação em todas as áreas temáticas da governança global, dificultando uma análise mais apurada (GEHRING e FAUDE, 2013; ORSINI, MORIN e YOUNG, 2013).

Na tentativa de sanar essa lacuna, Gehring e Faude (2013) propõem uma nova definição para o Complexo de Regimes, a saber.

uma rede composta por três ou mais regimes internacionais que se relacionam através de uma área temática específica; apresentam membros que se sobrepõem; além de gerarem interações substantivas, normativas e operativas, tidas como problemáticas se não forem manejadas de maneira eficiente (GEHRING e FAUDE 2013, p. 29).

Essa reformulação contém seis elementos-chave essenciais para identificar um Complexo de Regimes, esclarecendo questões importantes para embasar uma análise mais robusta dos seus efeitos. O primeiro elemento diz respeito à constituição de um Complexo de Regimes. De acordo com os autores, tendo em vista a amplitude atribuída ao conceito de instituições, o Complexo de Regimes é composto por regimes elementares distintos, e não por um conjunto de instituições parte de diferentes regimes. Aqui, regime segue a definição clássica de Krasner (1982) previamente apresentada (GEHRING e FAUDE, 2013).

Nesse viés, o segundo elemento retrata o fato de que, como qualquer outra rede, o Complexo de Regimes requer três ou mais regimes constitutivos. O terceiro elemento está ligado à crítica dos autores a referência que Raustiala e Victor (2004) fazem à necessidade de uma área temática específica. Argumentam que o Complexo de Regimes foca em um assunto específico, isto é, possui um escopo bem mais restrito do que uma área temática, como um todo. Isso implica que os regimes elementares de um Complexo se sobrepõem apenas de maneira parcial, no que diz respeito a questões conflitantes pontuais (GEHRING e FAUDE, 2013).

O quarto elemento concerne o pré-requisito de que regimes elementares tenham membros que se sobreponham, ao menos parcialmente, mas raramente de maneira integral. Incorporar a noção de membros à definição de Complexo de Regimes é importante para lembrar que as instituições não são os únicos atores que ativamente moldam o Complexo (GEHRING e FAUDE, 2013).

O quinto elemento está novamente voltado à definição de Raustiala e Victor (2004). Dessa vez, no que toca o grau de sobreposição entre regimes. Aqui, Gehring e Faude (2013) complementam o conceito ao esclarecerem que os regimes podem interagir de diferentes formas. No nível político e material, quando os assuntos são intrinsecamente interconectados; no nível normativo, quando as regras e procedimentos são relacionados; e no nível operacional, quando o *compliance* com um regime afeta positiva ou negativamente o desempenho de outro regime (GEHRING e FAUDE, 2013).

Nessa definição, a interação entre os regimes substitui a condição de relações não hierárquicas entre os regimes elementares citada por Raustiala e Victor (2004). Os autores a qualificam como uma condição ambígua e desnecessária. Por fim, o sexto elemento ressalta

que o que cria um Complexo de Regimes não é a área ou o tema específico; ou resultado do impacto das regras e procedimentos, mas sim a percepção que os atores têm em relação a essas questões. Desse modo, um Complexo pode surgir da mera mudança de percepção e interpretação de um problema específico, sem requerer qualquer mudança institucional formal. Destarte, a percepção dos atores traça o limite do Complexo, indicando quais regimes são reconhecidos – ou não – como elementares dele (GEHRING e FAUDE, 2013).

Dito isso, o conceito encampado por Gehring e Faude (2013) permite a importante distinção entre um emaranhado de instituições que meramente coexistem, sem nenhum efeito em relação ao *compliance* com determinado regime; e o Complexo de Regimes, com efeitos causais nas suas instituições elementares. Em síntese, nem toda área temática que possui certa sobreposição de regimes e choque de normas irá configurar-se como um Complexo de Regimes (GEHRING e FAUDE, 2013; ORSINI, MORIN e YOUNG, 2013).

Feitas essas colocações, a literatura traz opiniões distintas a respeito das consequências que a existência de um Complexo de Regimes produz sobre os atores, assim como do real impacto na coerência normativa e no *compliance*. Nesse viés, segundo Drezner (2009), a dinâmica que marca o Complexo de Regimes favorece muito mais os países desenvolvidos. Isso se dá pelo fato de que os países mais poderosos possuem maior capacidade de barganha política e maior habilidade para mitigarem o impacto do constrangimento imposto pelos regulamentos e mecanismos de observância (DREZNER, 2009).

Para o autor, a sobreposição entre regimes cria um novo modelo de barganha global. A respeito desse novo modelo, assegura que a determinante do *compliance* é a distribuição de poder e capacidade de fazer uso de mecanismos de *enforcement* (Drezner, 2009).

Essa é uma questão fundamental para a discussão da Saúde Global como um Complexo de Regimes e, mais ainda, para a análise dos respectivos efeitos que o Complexo de Regimes de Saúde Global produz no *compliance* com políticas antitabagistas. Partindo do entendimento de que o poder é exercido através de mecanismos de *enforcement*, faz-se necessário estimar o impacto das normas que se enquadram como *hard laws* (dotadas de mecanismos de *enforcement*) na implementação da CQCT. Assim como da possibilidade de *compliance* com regimes que funcionam sob *soft laws* (ausência de mecanismos de *enforcement*) quando diante de um conflito normativo.

Nesse viés, a literatura expõe que, mesmo quando ocorre o choque entre regimes de *hard laws* e regimes de *soft laws*, há possibilidades de produzir “*counterregime norms*”. Essas normas questionam o aparato das *hard laws* e, com o tempo, podem gerar discursos competitivos que reformulam o contexto moral e social em que as regras e procedimentos já

consolidados estão inseridos e são interpretados. Segundo Braithwaite e Drahos (2000), essas normas podem alterar as dinâmicas que permeiam questões específicas de uma área temática (BRAITHWAITE e DRAHOS, 2000; HELFER, 2006; BAUMGARTNER, 2011).

Nesse liame, Helfer (2006) ressalta que o Complexo de Regimes dá margem para países em desenvolvimento experimentarem caminhos alternativos na busca por resultados políticos almejados. Para tanto, precisam migrar a discussão a respeito de uma área específica para uma esfera na qual as negociações e resultados são mais favoráveis ao respectivo interesse em jogo. Assim, entende que o Complexo funciona como uma estratégia para que países em desenvolvimento construam um campo político capaz de resultar em reformulações de regras e procedimentos (HELFER, 2006).

Baumgartner (2011) afirma que o Complexo de Regimes, particularmente a fluidez que marca este ambiente, dotou os países em desenvolvimento de mais influência do que uma análise puramente realista indicaria baseada na distribuição de poder material. Por conseguinte, segundo o autor, a fluidez faz surgir novos espaços institucionais, dando oportunidade para inclusão de atores e inovação de agendas (BAUMGARTNER, 2011; GEHRING e FAUDE, 2013).

Esse entendimento é crucial para testar o argumento que norteia este estudo. Com base na teoria, a análise indicada propõe avaliar os efeitos das normas de propriedade intelectual e do mecanismo investidor-Estado na implementação da Convenção-Quadro da OMS. Além disso, permite discutir até que ponto regras alternativas de proteção ao investimento permitem uma nova arquitetura que diminua os riscos à implementação de políticas de saúde, assegurando o *policy space* dos países e impulsionando *compliance* com a CQCT.

Visando a maiores esclarecimentos sobre essa questão, o próximo tópico detém-se, especificamente, no enquadramento da Teoria de Complexo de Regimes à Saúde Global.

2.3. SAÚDE GLOBAL COMO COMPLEXO DE REGIMES

O campo da Saúde Global foi amplamente desenvolvido na última década, resultando em diferentes percepções e conceituações dos seus fundamentos basilares. Nesse viés, de acordo com a perspectiva já consolidada na literatura especializada, o campo é compreendido como um conjunto de regimes jurídicos internacionais, com múltiplos *stakeholders*, que aborda e é afetado por questões de saúde pública de maneira dinâmica (FIDLER, 2000, 2005, 2009; KICKBUSCH, 2003, 2004; RUGER, 2008; GARRETT, 2007; KATZ, 2011; MCINNES e LEE, 2012; BRUGHA, BRUEN e TANGCHAROESANTHIEN, 2014).

A partir desse novo dinamismo conferido ao campo, construiu-se o que vem sendo concebido como Política Global de Saúde. A Política Global de Saúde incorpora não apenas o conteúdo das políticas de saúde, mas o processo de negociação em torno da definição da agenda. Ao enfatizar o processo por trás do estabelecimento de prioridades, variáveis como poder, interesses, princípios e normas tornaram-se cruciais na compreensão das estratégias utilizadas para formular políticas de saúde (FIDLER, 2000, 2005, 2009; KICKBUSCH, 2003, 2004; RUGER, 2008; GARRETT, 2007; KATZ, 2011; MCINNES e LEE, 2012; BRUGHA, BRUEN e TANGCHAROESANTHIEN, 2014).

Desse modo, para além da visão tradicional do Direito Internacional da Saúde, o campo da Saúde Global passou a refletir a diversidade de instituições, organizações, atores e processos envolvidos na formulação de políticas de saúde, criando um domínio complexo, não hierárquico (LEE *et al.*, 1996; FIDLER, 2000, 2005, 2009; KICKBUSCH, 2003, 2004; RUGER, 2008; GARRETT, 2007; MCINNES e LEE, 2012).

Esse domínio complexo retrata as mudanças fundamentais ocorridas com o processo de globalização, fazendo com que as pautas prioritárias da saúde fossem crescentemente afetadas e até alteradas pela dinâmica de outros regimes. Como exemplo, questões específicas do regime de comércio passaram a ter implicações de saúde pública, direta e indiretamente. Diretamente, o regime de comércio impacta a saúde pública nas questões que envolvem o acesso a medicamentos essenciais, uma vez que o acordo TRIPS regulamenta os direitos de patente que, por seu turno, modificam consideravelmente os sistemas nacionais de proteção à PI dos Estados membros. Indiretamente, por meio da exposição ao consumo desenfreado e aos riscos ambientais resultantes do comércio não sustentável (BUSE *et al.*, 2009; BUSE, MAYS e WALT, 2012).

Na mesma linha, o regime internacional de investimento incide sobre questões-chave da saúde pública. Uma vez que o aparato legal do modelo padrão de AIIs é favorável aos interesses do investidor, em detrimento ao interesse público do Estado receptor, a autonomia legislativa e espaço regulatório dos governos para implementar políticas responsivas às demandas sociais é limitado. Destarte, o campo da Saúde Global passou a enfrentar novos desafios, marcados principalmente pela interconectividade e consequente choque entre diferentes regimes e suas respectivas instituições (BUSE *et al.*, 2009; BUSE, MAYS e WALT, 2012).

O processo de implementação da Lei de Embalagem Padronizada ilustra essa complexidade e interatividade entre diversos princípios e normas, influenciados por interesses particulares. Não há uma linearidade entre a ratificação da Convenção-Quadro e a

internalização das suas medidas recomendatórias, uma vez que a experiência prática comprova que o processo de tomada de decisão é direta e indiretamente influenciado por regimes distintos ao campo da saúde, suas instituições e grupos de interesse que os compõem. Do mesmo modo, exalta o papel do poder no decorrer do processo, exercido majoritariamente através de mecanismos de observância de direitos.

Isso posto, analisar o campo da Saúde Global através das lentes do Complexo de Regimes destaca e elucida aspectos importantes que envolvem a formulação e implementação de políticas de saúde. O papel do poder, interesses, princípios e normas é possível de uma adequada avaliação. Dito isso, a próxima seção foca em elucidar uma dimensão específica do Complexo de Regimes de Saúde Global, ao explicitar os elementos constitutivos da CQCT e da Lei de Embalagem Padronizada, visando ao esclarecimento do cenário de sobreposição que envolve a internalização da lei.

2.3.1. Complexo de Regimes de Saúde Global: a Convenção-Quadro para Controle do Tabaco

A Convenção-Quadro é o único tratado de saúde pública do mundo voltado para políticas de controle do tabaco com custo-benefício comprovado. O Tratado, construído em resposta as DNTs, concentra-se em reduzir a demanda e a oferta de produtos tabagistas. Suas disposições e diretrizes, encampadas na ferramenta “*MPOWER*”, incluem “aumentar os impostos sobre o tabaco, impor proibições de propaganda e marketing, regulamentar produtos, apoiar fumantes a parar, promover campanhas de educação e monitorar o uso do tabaco” (Departamento de Saúde do Reino Unido, 2018, p. 4) (OMS, 2003, 2017, 2018; OPAS, 2016).

Cada letra da ferramenta *MPOWER* representa um elemento da política de controle do tabaco, como segue. “M” (*monitor*) para “monitorar o uso de tabaco e políticas de prevenção”; “P” (*protect*) para “proteger a população contra a fumaça do tabaco”; “O” (*offer*) para “oferecer ajuda para cessação do fumo”; “W” (*warn*) para “advertir sobre os perigos do tabaco”; “E” (*enforce*) para “fazer cumprir as proibições sobre publicidade, promoção e patrocínio”; “R” (*raise*) para “aumentar os impostos sobre o tabaco” (OMS, 2017, p. 51) (OMS, 2003, 2017, 2018; WIPFLI e SAMET, 2016).

Um notável progresso em relação à incidência do tabaco foi alcançado através da referida ferramenta, uma vez que quase dois terços dos países já internalizaram, pelo menos, uma das medidas recomendadas. No entanto, enquanto o tratado alcançou um alto nível de

ratificação, a maioria dos países em desenvolvimento não implementou as principais disposições da CQCT em seu nível mais abrangente, especialmente as referentes às advertências sanitárias dispostas nas embalagens (OPAS, 2016; OMS, 2017).

As diretrizes da CQCT, especificamente sob a categoria “*warn*” da ferramenta *MPOWER*, enfatizam que os Estados são responsáveis por informar sua população a respeito das reais consequências do tabaco para a saúde. Desse modo, a Convenção-Quadro recomenda a utilização de pictogramas de advertência em 50% da embalagem (frente e verso), entretanto, exige um mínimo de 30% de cobertura por advertências de saúde (frente e verso). Além disso, regulamenta a disposição das marcas, cores e variações (OPAS, 2016; OMS, 2017).

A Lei de Embalagem Padronizada é uma medida da CQCT, com custo-benefício comprovado, que vem sendo restringida, uma vez que se tornou alvo da indústria do tabaco via regulamentações dispostas nos AIIIs. A Lei é uma resposta à epidemia do tabaco e afirma que “todos os produtos tabagistas devem ser vendidos em embalagens marrons, com proeminentes avisos de saúde, e desprovidos de marcas gráficas e outros enfeites” (MITCHELL e STUDDERT, 2012, p. 261). Desse modo, três são os objetivos centrais da Lei: reduzir o apelo que os produtos tabagistas causam nos consumidores, aumentar a eficiência das advertências dos males causados pelo consumo do tabaco e diminuir as chances dos consumidores serem enganados quanto aos efeitos nocivos do tabaco (MITCHELL e STUDDERT, 2012).

Estudos recentes comprovam que a implementação da lei atingiu os mencionados objetivos. Detidamente, atestam que os jovens estão mais propensos a recordarem advertências de saúde quando as mesmas são apresentadas em embalagens padronizadas. Na mesma linha, indicam que embalagens padronizadas têm grande potencial para reduzir falsas crenças sobre a nocividade de diferentes marcas de cigarros. Por fim, foi comprovado que o *design* da embalagem é uma ferramenta fundamental para estabelecer a identidade da marca entre os jovens fumantes. Desse modo, a embalagem padronizada é menos atraente, diminuindo o apelo causado pelas marcas ao eliminar associações positivas que os jovens faziam com o material disposto nas embalagens. Nesse contexto, restam, apenas, as associações negativas com os efeitos nocivos do tabagismo (WAKEFIELD, GERMAIN e DURKIN, 2005-2008; HAMMOND *et al.*, 2009).

Por conseguinte, devido ao comprovado custo-benefício das advertências sanitárias nos moldes da Lei de Embalagem Padronizada, as diretrizes recentes da CQCT a indicam como parâmetro a ser alcançado pelos Estados (OPAS, 2016; OMS, 2017). Entretanto, como

mencionado, os países em desenvolvimento, ao internalizarem políticas recomendadas pela CQCT, são impactados por diversos regimes. Têm-se, de um lado, uma variedade de instituições e agendas funcionando na ausência de mecanismos de *enforcement*, deixando a implementação aberta à discricionariedade dos Estados-membros. Enquanto que, do outro, regimes atuam por meio de fortes mecanismos para garantir observância. Como já mencionado, nesse último caso, a estrutura dos regimes abre um perigoso espaço para que a indústria do tabaco acometa aos Estados-membros sanções e ameaças de punições através de procedimentos de solução de controvérsias, incidindo diretamente no processo de internalização de medidas de controle do tabaco.

Destarte, partindo desse entendimento e tendo por base os seis elementos-chave do conceito encampado por Gehring e Faude (2013), pode-se inferir que o Regime da Saúde Global ilustra um Complexo de Regimes que regulamenta políticas de saúde pública, notadamente as de controle do tabaco. Detalhadamente, têm-se os seguintes elementos. Em primeiro lugar, como exemplificado, regimes distintos constituem o Complexo de Regimes de Saúde Global. Em segundo lugar, como explicitado acima, o complexo é constituído por mais de três regimes elementares. Em terceiro lugar, políticas de controle do tabaco se enquadram como uma questão conflitante, um tópico em comum entre os mencionados regimes elementares.

Em quarto lugar, é um tópico que ressalta a pluralidade de atores envolvidos no processo de formulação de políticas e influência sobre os desdobramentos do complexo. Aqui, além das instituições, destaca-se o papel crucial da indústria tabagista e de Organizações Não-Governamentais. Em quinto lugar, e de suma importância para a análise, o impacto da interconectividade operacional entre os regimes parte do complexo no *compliance* com a Convenção-Quadro. Por fim, a crescente percepção do aninhamento entre regimes elementares no que toca a implementação de políticas mandatórias de controle do tabaco, resultante dos processo arbitrais via AII, consolida o entendimento do Regime de Saúde Global como parte de um Complexo de Regimes.

Uma vez que diversos regimes tangenciam questões de saúde pública, a forma como o tópico é enquadrado e o paradigma por trás dele pode mudar os resultados. Como exemplo, os Regimes Internacionais de Comércio e Investimento são baseados no paradigma econômico, atribuindo uma abordagem de mercado - com base no lucro - para questões relacionadas à saúde. O Regime Internacional de PI é baseado na proteção da propriedade privada. O Regime de Direitos Humanos é baseado no paradigma dos Direitos Humanos. Assim, quando todos esses regimes são aninhados e regulam questões de saúde pública, um paradigma

prevalecerá sobre os outros. Como tratado anteriormente, o poder, exercido por meio de mecanismos de *enforcement*, decidirá o conflito (LEE *et. al.*, 1996; YU, 2007; LABONTÉ, 2010; RUSHTON e WILLIAMS, 2012).

Com relação à Convenção-Quadro, embora tenha efeito vinculante e seja fundamentada no paradigma do direito humano à saúde, os interesses econômicos e de propriedade privada - principalmente em resposta ao *lobby* da indústria do tabaco - acabam minando sua implementação. Isso ocorre porque o processo é afetado por regimes que funcionam sob *hard laws*. Como mencionado anteriormente, neste caso, a ameaça é exercida através do mecanismo de arbitragem investidor-Estado (CHAYES e CHAYES, 1993; DREZNER, 2009; NYE, 2009).

Nesse sentido, os interesses dos investidores sobrepõem o paradigma em que a Convenção-Quadro está enraizada, uma vez que a CQCT funciona sob *soft laws*. Assim, sempre que a implementação da Convenção-Quadro entrar em conflito com os direitos do investidor, protegidos pelo aparato do ISDS, o *compliance* com a Lei de Embalagem Padronizada estará em risco (CHAYES e CHAYES, 1993; NYE, 2009: 61; LABONTÉ, 2010; RUSHTON e WILLIAMS, 2012; MORIN e ORSINI, 2013).

Destarte, para melhor entender essa dimensão específica do complexo, o próximo capítulo apresenta, de forma detalhada, os três elementos-chave parte dos AII, assim como os casos de arbitragem investidor-Estado elencados pela literatura. O esclarecimento da interconexão entre direitos de proteção à PI, direitos de proteção ao investimento estrangeiro e a internalização de medidas de controle do tabaco é o objetivo. O aprofundamento na análise do processo de implementação da Convenção-Quadro, notadamente, da Lei de Embalagem Padronizada, permite a consolidação da importância de aplicar a perspectiva do Complexo de Regimes às áreas que possuem tópicos compartilhados entre diversos regimes. Ao jogar luz sobre a forma dinâmica em que várias instituições, grupos de interesse e Estados interagem no processo de tomada de decisão em nível internacional, o entendimento em torno da internalização nacional de uma lei se revela.

3. ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO: IMPACTO NO CONTROLE DO TABACO

Este capítulo se atém aos possíveis impactos que as regras de PI, parte de acordos internacionais de proteção ao investimento estrangeiro, produzem sobre políticas de controle do tabaco. Como mencionado, apesar de se tratar de áreas distintas e aparentemente não haver uma relação direta, os AIIs incidem sobre os sistemas nacionais de proteção à PI dos países signatários, o que acaba por impor restrições ao *policy space* dos Estados para implementarem determinadas políticas públicas.

Visando a esclarecer como se dá essa relação, o capítulo, que tem como foco apresentar os resultados da revisão bibliográfica e análise proposta, estrutura-se da seguinte maneira. Inicialmente, aborda-se a agenda maximalista dos EUA e a consequente proliferação do Modelo Padrão de AIIs. Essa discussão abre campo para o entendimento da PI como um tipo de investimento internacional. Na sequência discute-se o conteúdo TRIPS-plus do Modelo Padrão de AIIs, destacando os efeitos que suas normas podem produzir sobre a Convenção-Quadro. Esses impactos são resultado, de um lado, do fortalecimento das interpretações privatizantes sobre o conhecimento – criação de normas substanciais, e de outro, pela vinculação da proteção à PI ao mecanismo de solução de litígios típico desses acordos, a arbitragem investidor-Estado - criação de normas procedimentais. A última seção do capítulo ilustra a forma como essas normas substanciais e procedimentais aparecem nos BITs e nos capítulos de investimento do TPP e KORUS, atentando o aparato do Modelo Padrão de AIIs.

3.1. MODELO PADRÃO DE AIIS: REGRAS DE INVESTIMENTO TRIPS-PLUS

A política maximalista que enseja a atuação dos EUA em matéria de PI implica a defesa de uma agenda alicerçada em normas mais rígidas e privatizantes, pautadas em algumas premissas básicas. A primeira seria aumentar o escopo da proteção dos direitos de PI, ampliando os setores tecnológicos contemplados e dando maior eficiência às punições sobre infrações. A segunda se refere ao uso de uma retórica que relaciona nível de proteção concedido à inovação tecnológica. Por fim, a terceira retrata a resistência contra quaisquer esforços de uma interpretação mais ampla das flexibilidades acordadas no âmbito multilateral, sob o Acordo TRIPS (HALBERT, 2011).

A política estadunidense voltada a aumentar o escopo e rigor dos direitos de PI teve sua atuação centrada na proliferação de APCs e de BITs com cláusulas que refletissem os padrões

adotados na sua legislação interna⁵. Esse processo de proliferação de acordos preferenciais se deu, majoritariamente, por meio de uma estratégia de *forum shifting*. Essa estratégia ocorre quando se redirecionam agendas em negociação para fóruns onde há maiores chances de sucesso. O fenômeno pode dar-se de forma horizontal, quando a transferência ocorre para outras instâncias com a mesma amplitude de escopo. Em geral, entre organismos multilaterais. E de maneira vertical, quando acontece a transferência para esferas diferentes da multilateral, tais como os BITs e os APCs (HALBERT, 2011; SELL, 2011).

Os EUA fizeram uso da estratégia de *forum shifting* horizontal para a negociação do próprio Acordo TRIPS, migrando as questões de PI da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) para a Organização Mundial do Comércio (OMC) na década de 1980⁶. Especificamente, introduziram as demandas sobre os direitos de PI nas negociações multilaterais de comércio durante a Rodada Uruguai do GATT (1986-1994), tendo em vista o entendimento acerca da estrutura de governança da OMPI. A percepção que vigorava era que a OMPI estaria focando sua atenção demasiadamente em temas de interesse dos países em desenvolvimento. Além disso, os acordos negociados na OMPI não tinham efeito vinculante a todos os membros da Organização, cabendo a cada país deliberar sobre a adesão àqueles ordenamentos que desejasse (DRAHOS, 2002; HALBERT, 2011; SELL, 2011).

Na mesma linha, é de grande importância para este estudo destacar que a OMPI não possuía mecanismos de *enforcement* capazes de exigir observância aos compromissos assumidos pelos países. E, por fim, o sistema de votação da OMPI – um Estado, um voto – diminuía o poder relativo dos EUA. Como resultante, os EUA pressionaram pela migração do tema da PI para a OMC, visando a uma maior capacidade de *enforcement* e o incremento da barganha baseada na abertura comercial (DRAHOS, 2002; SELL, 2007, 2011; MUZAKA, 2011).

Tal postura refletiu, diretamente, a pressão de grupos de interesses privados dos EUA, em destaque as indústrias farmacêuticas e tabagistas. No geral, o Acordo TRIPS representou e promoveu parte significativa dos interesses das corporações globais, encabeçadas pelas estadunidenses, que buscavam ampliar o controle sobre os direitos de PI das suas empresas.

⁵ Essa lógica de internacionalização dos padrões nacionais de proteção à propriedade intelectual é analisada por uma importante literatura internacional, cabendo o devido destaque ao texto do Paul Doremus, por apresentar argumentação substancial a essa narrativa. DOREMUS, Paul. “The Externalization of Domestic Regulation: intellectual property rights in a Global Era”. Science Communication, vol. 17, n. 02, p. 137-162, 1995.

⁶ Os anos 1980 são um marco no processo de formatação do conteúdo dessa agenda maximalista em propriedade intelectual. Também, das estratégias para avançar internacionalmente com as demandas que a compõe. Vale deixar claro que, desde então, essa máxima - garantir a construção de padrões mais amplos e aprofundados de proteção e a aplicação e observância cada vez mais efetiva desses direitos globalmente - se mantém praticamente inalterada.

Essas empresas, por intermédio do Governo dos Estados Unidos (e com o apoio da Europa e Japão), nortearam o processo da OMC e conseguiram fazer com que a lei pública internacional se adequasse aos seus interesses particulares (DRAHOS, 2002; SELL, 2007, 2011; MUZAKA, 2011).

Destarte, a efetivação do TRIPS, em 1995, resultou em mudanças substanciais no Regime Internacional de PI, uma vez que o Acordo estabeleceu padrões mínimos obrigatórios de proteção extensivos a todos os membros da OMC, semelhantes aos existentes nos EUA e responsivos aos interesses dos grandes grupos de interesse que faziam grande pressão à época⁷ (CORREA, 2000; WATAL, 2001; DRAHOS, 2002).

Assim, ao consolidar um padrão já elevado para a maioria dos países, o TRIPS aumentou, de forma considerável, a margem de matéria passível de ser protegida⁸, abarcou temas que estavam fora das normatizações nacionais no que tange a proteção à PI, ampliou os prazos mínimos estabelecidos para o exercício de direitos, e regularizou o regime através da normatização de regras de *enforcement*⁹ (CORREA, 2000; WATAL, 2001).

Como resultado, o TRIPS proporcionou a harmonização internacional das regras de PI e a homogeneização dos sistemas nacionais de proteção. Isto é, o carácter obrigatório das cláusulas do acordo estabeleceu um sistema único, submetendo países com níveis de desenvolvimento científico-tecnológicos díspares a um padrão similar de proteção. Por sua vez, houve uma limitação da possibilidade de diferenciação entre setores passíveis de proteção, diante da obrigação da proteção a praticamente todas as manifestações do conhecimento e em todos os setores tecnológicos (CORREA, 2000; WATAL, 2001; DRAHOS, 2002).

Tanto a harmonização internacional sob patamares elevados, quanto à impossibilidade de seleção de setores não passíveis de proteção impactaram consideravelmente os países com baixo desenvolvimento tecnológico, uma vez que limitou a capacidade de deliberação

⁷ A propriedade intelectual se configurava como uma das vertentes mais cruciais de toda a política de inovação e comércio dos EUA, justificando sua incisiva campanha para seu fortalecimento e harmonização internacional. Visando à exportação dos padrões que se estabeleciam no país, as ações estadunidenses, que iniciaram durante a Rodada Uruguai, foram conduzidas pela pressão unilateral (através da seção 301) sobre alguns de seus parceiros comerciais que, de forma mais ou menos enfática, opunham-se à inclusão do tema da propriedade intelectual nas negociações comerciais. Brasil, Índia e Coreia do Sul, além de México, foram investigados ou passaram a integrar a lista de países considerados em desacordo com os padrões de proteção estabelecidos pelos EUA (Correa, 1997).

⁸ Diante desse novo arranjo, praticamente qualquer constructo intelectual, em todas as áreas do conhecimento e setores produtivos, poderia ser protegido.

⁹ Toda a Parte 3 do Acordo é dedicada ao tema, com procedimentos como ‘Remédios Cíveis e Administrativos’; ‘Medidas Cautelares’; ‘Medidas de Fronteira’; e, inclusive, ‘Procedimentos Penais’. A grande diferença entre o Acordo TRIPS e os Acordos que regulavam a matéria anteriormente é que ele traz medidas de aplicação obrigatória (*enforcement*, em inglês) que precisam ser acordadas e previamente aceitas por todos os membros da OMC.

autônoma sobre seus sistemas nacionais de proteção, impondo restrições sobre políticas de desenvolvimento econômico e social (CORREA, 2000; WATAL, 2001; DRAHOS, 2002, 2006).

A obrigatoriedade de concessão de patente para produtos farmacêuticos sob regras extremamente privatizantes é um caso emblemático desse processo de normatização do TRIPS. Todos os países passaram a ter que conceder patentes para produtos farmacêuticos e medicamentos, mesmo respeitando prazos de transição diferenciados, a despeito das suas capacidades de produção local, problemas sociais, e demais dificuldades específicas (CORREA, 2000; DRAHOS, 2002).

Desta feita, a literatura que versa sobre o impacto da proteção à PI em questões de saúde pública centra-se, majoritariamente, na questão de patentes e acesso a medicamentos essenciais. Interessante sinalizar que a problemática envolvendo a proteção sobre marcas e as políticas antitabagismo não foram objeto de grandes considerações ou exaustivas discussões, nem mesmo alvo de controversas políticas. Uma das razões mais diretas está no menor impacto econômico dos efeitos produzidos por essas políticas nas marcas. Outra razão se encontra no funcionamento do mecanismo de solução de controvérsias próprio do sistema multilateral de comércio, politicamente custoso e demorado. Entretanto, os dois casos de arbitragem investidor-Estado que têm como objeto políticas de controle do tabaco trouxeram à tona a questão e ampliou as discussões acerca das regras de proteção aos direitos de marca presentes no aparato legal dos AIIs.

Por conseguinte, as análises do impacto das regras de PI na saúde vêm, de maneira gradativa, transferindo seu foco para os AIIs. Como mencionado anteriormente, tanto os capítulos de investimento parte dos APCs, quanto os BITs, passaram a seguir um modelo padrão, alicerçado em regras de proteção à PI de caráter TRIPS-plus. Esse processo é consequência direta da estratégia de *forum shifting* vertical impulsionada pela agenda maximalista dos EUA que, diante dos entraves das negociações no âmbito multilateral, transferiram seu foco para a esfera preferencial, a fim de obter padrões ainda mais elevados de proteção à PI. Como consequência, criaram-se inúmeras controvérsias no tocante à limitação indevida da soberania nacional dos Estados para implementarem políticas públicas de saúde, notadamente de controle ao tabaco (CORREA, 2002, 2010; GIBSON, 2010; RUSE-KHAN, 2011; MENEZES, 2015).

As regras de caráter TRIPS-plus parte dos AIIs estabelecem obrigações de proteção à PI que vão além do especificado no aparato legal do Acordo TRIPS. Isso é possível tendo em vista que a ampla definição do que se configura como “investimento” nesses acordos engloba

os elementos da PI, sub-rogando os mesmos aos regulamentos dos acordos, inclusive ao seu mecanismo de *enforcement*. Com efeito, os referidos acordos vão além do estabelecido na esfera multilateral por duas vias, a saber: (a) no caráter substancial das normas, por trazerem disposições que adicionam novas camadas ao que está assegurado no TRIPS; (b) no caráter procedimental, criando novos e exclusivos mecanismos de *enforcement* ao instituir a arbitragem investidor-Estado como meio de solução de litígios, indo, mais uma vez, além do estabelecido e demandado obrigatoriamente pelo acordo (CORREA, 2002, 2010; GIBSON, 2010; RUSE-KHAN, 2011; MENEZES, 2015).

Partindo de cada uma dessas perspectivas de extensão de direitos, as seguintes questões merecem destaque. Primeiramente, no que toca o caráter substancial das normas, temos o instituto da expropriação e o princípio do Tratamento Justo e Equitativo. O instituto da expropriação, que não é tratado no arcabouço do TRIPS, se tornou padrão nos AIIs. O instituto regulamenta, de maneira vaga e não exaustiva, a expropriação direta e indireta. O princípio do Tratamento Justo e Equitativo, da mesma forma, é tratado de maneira genérica, abrindo uma lacuna interpretativa prejudicial ao interesse público do país receptor do investimento. Em segundo lugar, no que concerne o caráter procedimental das normas, tem-se a introdução do mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado. O mecanismo excede o disposto no TRIPS, uma vez que o acordo não demanda que Estados membros criem novos mecanismos de observância de direitos (CORREA, 2002, 2010; GIBSON, 2010; RUSE-KHAN, 2011; MENEZES, 2015).

À luz do exposto, esses três elementos-chave parte do aparato normativo do Modelo Padrão de AIIs demandam uma análise mais aprofundada, visando ao melhor entendimento do real impacto destes na internalização da Lei de Embalagem Padronizada. Essas questões, assim como o entendimento da PI como um investimento, serão abordadas nas seções seguintes.

3.1.1. Propriedade Intelectual como Investimento

Como tratado na seção anterior, ao longo das últimas décadas alguns países desenvolvidos, encabeçados pelos EUA, têm buscado ampliar internacionalmente os meios de proteção à PI. Nesse cenário, a proliferação de AIIs com regras TRIPS-plus constituiu-se como uma importante estratégia para elevar o patamar de proteção à PI. Consequentemente, as discussões sobre a conformação de um regime internacional de investimento, suas características endógenas e os eventuais impactos das regras que o regulam sobre outras áreas

têm ganhado destaque em fóruns políticos de negociações e nas análises acadêmicas (CORREA, 2004; FIEZZONI, 2011; MILLS, 2001; VADI, 2013; FOSTER, 2015).

Uma vez que os AIIs enquadram a propriedade privada sobre bens intangíveis como uma forma de investimento estrangeiro, a propriedade intelectual passa a estar submetida a novas formas e meios de proteção, impactando os sistemas nacionais de proteção à PI dos países signatários. Isso se dá pelo fato desses acordos definirem “investimento” de maneira ampla e genérica, incluindo qualquer tipo de ativo tangível ou intangível. Assim, todos os ativos de uma empresa, tais como bens móveis e imóveis, capital empresarial, inclusive em forma de crédito, direitos contratuais, licenças e direitos de PI estão protegidos sob o aparato legal dos AIIs (LIBERTI, 2010; CORREA, 2013).

A partir da análise dos AIIs, tem-se que a maioria deles se refere de forma genérica aos direitos de PI, sem apresentar explicitamente os tipos protegidos pelo acordo, a saber:

Artigo 1. “investimento” significa todo ativo que um investidor possui ou controla, direta ou indiretamente, que tenha as características de um investimento [...] As formas que um investimento pode tomar incluem: [...] (f) direitos de propriedade intelectual; [...]; (h) outros bens tangíveis ou intangíveis, móveis ou imóveis, e direitos de propriedade relacionados, tais como locações, hipotecas, penhoras, e promessas [...] ¹⁰

Quando tipificam os direitos de PI, o fazem através de termos ambíguos, como “invenções patenteáveis” ou “direitos que dizem respeito às marcas, patentes”, em vez de referir-se claramente à “patente e direitos de marcas”. Por conseguinte, questões de incerteza a respeito do escopo dos direitos de PI surgem. Um exemplo tratado pela literatura diz respeito aos direitos sobre patentes, marcas registradas e desenhos industriais que, por sua vez, só são adquiridos depois da finalização do processo de registro. Nesse viés, tendo em vista que um pedido de patente cria expectativa de obter um direito exclusivo e, portanto, um lucro; além de poder ser negociado com terceiros, a definição ampla exposta nos AIIs abre margem para que a fase de aplicação de registro possa ser interpretada como “propriedade intangível” e, conseqüentemente, já estar sob o auspício legal do acordo (LIBERTI, 2010; CORREA, 2013).

Desse modo, sob o aparato dos AIIs, os direitos de PI, registrados ou não, passam a ser entendidos como investimento, adicionando outra camada de proteção aos direitos já protegidos pelo Acordo TRIPS. Para além dessa questão, é importante discutir se, e de que

¹⁰ Este trecho se refere à tradução livre do padrão encontrado nos Acordos Bilaterais de Investimento e capítulos de investimento parte de APCs analisados para elaboração deste estudo, quando tratando da definição de “investimento” e a forma como os direitos de PI são incorporados na mesma.

maneira, os três elementos-chave previamente mencionados podem afetar a capacidade dos Estados implementarem medidas mandatórias de controle do tabaco, gerando incompatibilidade com o próprio Acordo TRIPS e outros tratados de direitos humanos. Isso posto, as próximas seções se atêm a esmiuçar cada um desses três elementos-chave que consolidam os AIIIs como TRIPS-plus.

3.1.2. Expropriação como regra TRIPS-plus

Ao adentrarmos nos elementos dos AIIIs e de como sua standardização incide sobre a Convenção-Quadro, principalmente quando tratando da internalização da Lei de Embalagem Padronizada, restará claro quanto as interpretações acerca do instituto da expropriação, primeiro elemento-chave dos AIIIs, acometem o *policy space* dos países signatários. Tem-se, aqui, a ligação entre o poder público do Estado para *comply* com as diretrizes da CQCT, e os interesses privados que vêm ganhando peso nas decisões pela via arbitral no Modelo Padrão de AIIIs (CORREA, 2002; GIBSON, 2010; ALFORD, 2013).

Em sua substância, as normas presentes nesses acordos exacerbam a proteção aos direitos de PI ao apresentarem provisões que protegem contra casos de expropriação direta ou indireta, expostas de acordo com o seguinte padrão:

Os investimentos por parte dos investidores de qualquer uma das Partes Contratantes não devem ser expropriados, direta ou indiretamente; nacionalizados ou sujeitos a qualquer outra medida cujos efeitos seriam o equivalente a expropriação ou nacionalização no território da outra Parte Contratante (posteriormente enquadradas como expropriação), exceto para o benefício público e contra a compensação¹¹.

O instituto da expropriação se consolida como a principal via de mitigação de direitos de propriedade privada de nacionais e investidores estrangeiros. Isso se dá pelo fato de os acordos de proteção ao investimento, que proíbem a nacionalização e a expropriação do investimento, utilizarem definições muito amplas e vagas, abrindo espaço para diversas interpretações que podem impactar diretamente várias medidas adotadas pelos Estados receptores de investimento. Por vezes, essas interpretações podem ir de encontro às legislações nacionais e, consequentemente, impactar negativamente a implementação de

¹¹ Este trecho se refere à tradução livre do padrão encontrado nos Acordos Bilaterais de Investimento e capítulos de investimento parte de APCs analisados para elaboração deste estudo, quando tratando do instituto da expropriação e dos impedimentos expostos diante da nacionalização.

políticas públicas essenciais (CORREA, 2002; GIBSON, 2010; LIBERTI, 2010; ALFORD, 2013).

Os acordos classificam e distinguem o que seria a expropriação direta e indireta de forma ampla e genérica. A expropriação direta seria uma ordem de transferência por parte do governo da propriedade privada para o Estado ou terceiros. A indireta uma medida do governo que, inicialmente, não se enquadraria como expropriação, mas que resultaria em uma "retirada" (*taking*) de ativos do investidor estrangeiro. Por conseguinte, a expropriação, seja ela direta ou indireta, seria uma medida que causaria impacto na expectativa de lucro do investidor (GIBSON, 2010; ALFORD, 2013).

Ao passo que não especifica situações de maneira exaustiva, abre-se margem para litígios em questões que envolvem direitos de PI, notadamente no tocante aos direitos de patentes e de marca. Isso é possível pelo fato de que, como tratado anteriormente, a PI se configura como investimento, estando sob os regulamentos desses tratados. Desse modo, as interpretações acerca do instituto da expropriação possibilitam o enquadramento de procedimentos regularizados pelo TRIPS como equivalentes à expropriação (GIBSON, 2010; ALFORD, 2013).

Nesse viés, a utilização de instrumentos para resguardar a implementação de políticas de saúde e acesso a medicamentos é o procedimento mais debatido pela literatura. Dentre os instrumentos, destaca-se a possibilidade de o Estado autorizar a licença compulsória em relação aos direitos de patentes, minando, assim, a exclusividade dos direitos do investidor. Destarte, mesmo que o Acordo TRIPS assegure, no art. 31¹², as disposições sobre as condições e procedimentos para a emissão de licenças compulsórias, investidores, através de AII, acham espaço de manobra para enquadrarem a utilização do mecanismo como equivalente à expropriação da PI (GIBSON, 2010).

Entretanto, este estudo foca a implementação de políticas públicas que atingem diretamente o lucro diante dos direitos sob uma determinada marca (CORREA, 2002, 2004; GIBSON, 2010). Como mencionado anteriormente, a indústria do tabaco vem utilizando o instituto da expropriação para abrir litígios arbitrais contra Estados receptores de investimento. Isso se dá pelo fato de que, sob o auspício do AII, as medidas governamentais

¹² Artigo 31 do TRIPS: a) “a autorização desse uso será considerada com base no seu mérito individual”; b) “esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não-comercial. No caso de uso público não-comercial, quando o Governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que uma patente vigente é ou será usada pelo ou para o Governo, o titular será prontamente informado”.

de cunho social passam a ser interpretadas como análogas à expropriação indireta, por entenderem que as mesmas ferem a expectativa de lucro do investidor. A literatura ressalta dois casos (*Austrália e Uruguai v. Philip Morris*) em que Estados foram submetidos à arbitragem internacional por internalizarem a Lei de Embalagem Padronizada, objeto desse estudo. Os referidos casos serão detalhados em tópicos a seguir.

3.1.3. Interpretações acerca do Tratamento Justo e Equitativo

Ainda a respeito do caráter substancial das regras, tem-se o escopo atribuído ao Tratamento Justo e Equitativo, segundo elemento-chave do Modelo Padrão de AII's. O Princípio do Tratamento Justo e Equitativo está incluído em quase todos os AII's, apesar de não haver um consenso geral sobre o significado preciso do termo. Alguns autores debatem que o Tratamento Justo e Equitativo é o mesmo que o padrão mínimo de proteção exigido pelo Direito Internacional, enquanto outros entendem que ele representa um conceito independente, autossuficiente (GIBSON, 2010).

Em geral, restringe-se a duas linhas interpretativas (GIBSON, 2010; ALFORD, 2013). Em primeiro lugar, exige que os governos “se abstenham de interferir nas expectativas legítimas de um investidor” (GIBSON, 2010, p. 438). Em segundo, que os governos “evitem uma negação de justiça, agindo de acordo com os princípios gerais do devido processo legal” (GIBSON, 2010, p. 438). Dessa forma, o princípio é apresentado nos AII's de maneira vaga e consideravelmente genérica, a fim de abrir margem para reclamações de descumprimento dos direitos do investidor por parte do Estado receptor do investimento. Em suma, aparecem nos AII's seguindo o seguinte padrão:

Tratamento Justo e Equitativo inclui a obrigação de não negar a justiça em processos judiciais criminais, cíveis ou administrativos, de acordo com o princípio do devido processo incorporado nos principais sistemas legais de o mundo.¹³

Desse modo, com relação ao primeiro entendimento tem-se que quando o governo agir de maneira arbitrária ou inconsistente com suas próprias leis e regulamentos, uma violação pode ocorrer. Assim, se o governo sumariamente revoga a patente de um investidor; implementa medidas que podem mitigar a expectativa de lucro do investidor; é cúmplice de atividade que infringe patente do investidor; ou, devido à corrupção ou a motivação para

¹³ Este trecho se refere à tradução livre do padrão encontrado nos Acordos Bilaterais de Investimento e capítulos de investimento parte de APCs analisados para elaboração deste estudo, quando tratando do princípio do Tratamento Justo e Equitativo.

favorecer uma empresa nacional, omite-se diante de falsificação ou pirataria, o Estado pode estar sujeito a uma reivindicação por violação da norma de Tratamento Justo e Equitativo. Além disso, em alguns casos, essas ações podem configurar expropriação indireta (GIBSON, 2010).

O segundo entendimento diz respeito à obrigação por parte dos Estados em relação aos seus procedimentos adjudicativos, para evitar uma denegação de justiça, agindo em conformidade com os princípios gerais do devido processo legal. No caso, se um tribunal recusa uma ação; sujeita-a a um atraso indevido; ou segue com procedimentos judiciais inadequados, o Princípio pode ser invocado. Esse padrão é particularmente relevante para a PI, uma vez que representa uma forma intangível de propriedade que só existe em virtude do reconhecimento legal do Estado (GIBSON, 2010).

Dessa forma, o Princípio do Tratamento Justo e Equitativo é uma doutrina flexível, que oferece espaço de ação aos investidores, para que possam qualificar medidas estatais como violações dos regulamentos sob AII. Uma vez que esse princípio é exposto de maneira vaga e genérica, ações por parte do Estado receptor do investimento, inclusive as que estão de acordo com os preceitos multilaterais sobre a matéria, podem incorrer em violação dos direitos do investidor. Por conseguinte, investidores vêm invocando esse princípio para contestar leis nacionais que respondem ao interesse público, ameaçando o *policy space* dos Estados para assegurarem políticas com custo benefício comprovado (VERHOOSSEL, 2003; CORREA, 2004; GIBSON, 2010). Os dois casos supracitados (*Austrália e Uruguai v. Philip Morris*) também se embasaram nesse princípio.

3.1.4. Arbitragem investidor-Estado como regra TRIPS-plus

Como previamente citado, o caráter TRIPS-plus dos AIIs, além introduzirem normativas substanciais, adiciona novos mecanismos de observância de direitos, ao consolidarem a arbitragem investidor-Estado como padrão na solução de litígios. Consequentemente, criam controvérsias sobre limitações indevidas da autonomia legislativa nacional nas áreas da saúde pública, detidamente, no que toca as políticas de controle do tabaco.

Inicialmente, essa questão nos remete ao fato de que, no âmbito multilateral, sob o Acordo TRIPS, não há nenhuma prerrogativa que indique a necessidade de um Estado criar mecanismos, instituições ou tribunais específicos ou particulares para lidar com os litígios que envolvem direitos de PI. Isto é, os países podem fazer uso do seu sistema judicial regular para

lidar com os litígios em PI e garantir a observância do direito (HARTEN, 2007; MILLS, 2011; SCHILL, 2015).

Além disso, o TRIPS é explícito, ao discriminar as medidas que os Estados devem cumprir em matéria de *enforcement* de direitos de PI, assim como aquelas que não são obrigatórias. Nesse sentido, os arts. 41 a 61 tratam especificamente dessa questão. Assim sendo, cumpre apontar o disposto no art. 41.5¹⁴, que é claro ao afirmar que os membros não são obrigados a constituir fórum destinado especificamente a tratar da aplicação dos direitos de PI (HARTEN, 2007; MILLS, 2011; SCHILL, 2015).

Destarte, os AIIs introduzem um novo e específico mecanismo de solução de litígios que, por si só, já excede a proteção exigida no âmbito multilateral. Para além desse fator, outro aspecto é de grande relevância para o estudo: a arbitragem investidor-Estado, mesmo sendo governada pelo Direito Internacional Público, tem seus procedimentos conduzidos nas bases de regras arbitrais que, na sua essência, destinam-se a resolver disputas entre atores comerciais privados (HARTEN, 2007; FIEZZONI, 2011; MILLS, 2011; VADI, 2013; FOSTER, 2015; SCHILL, 2015).

Diferentemente da arbitragem comercial, envolvendo atores de direito privado, a arbitragem parte do Modelo Padrão de AIIs geralmente envolve questões sobre o escopo e o limite do poder regulatório do Estado receptor do investimento diante das obrigações do acordo. Nesse viés, os questionamentos que surgem a respeito do sistema ISDS tocam o fato desse mecanismo ter na arbitragem comercial sua natureza e essência e, ainda assim, dirimir disputas que são essencialmente de Direito Público. Dessa forma, o sistema se configura como um modelo de procedimento privado resolvendo questões do poder administrativo e regulatório dos Estados receptores do investimento (HARTEN, 2007; FIEZZONI, 2011; MILLS, 2011; VADI, 2013; FOSTER, 2015; SCHILL, 2015).

Para alguns autores, a Arbitragem investidor-Estado funciona como um mecanismo de governança global que estabelece o comportamento dos investidores estrangeiros e Estados receptores do investimento, envolvendo o exercício da autoridade pública no nível internacional. Isto é, partindo dessa leitura, a arbitragem de investimento se configuraria como a “internacionalização do Direito Público” (HARTEN, 2007; SCHILL, 2015).

¹⁴ Art. 41.5: O disposto nesta Parte não cria qualquer obrigação de estabelecer um sistema jurídico para aplicação de normas de proteção da propriedade intelectual distinto do já existente para aplicação da legislação em geral. Nenhuma das disposições desta Parte cria qualquer obrigação com relação à distribuição de recursos entre a aplicação de normas destinadas à proteção dos direitos de propriedade intelectual e a aplicação da legislação em geral.

Entretanto, mesmo tratando de questões que perpassam o Direito Público, a arbitragem investidor-Estado pode vir a restringir consideravelmente o *policy space* do Estado receptor do investimento para garantir a consecução do interesse dos seus cidadãos. Isso se dá pelo fato de que, diante de um litígio sob a cláusula investidor-Estado, regulada nos termos do artigo 54 da Convenção do ICSID (Convenção de Washington)¹⁵, as partes não podem apresentar apelações diante do laudo final. Assim, não cabem recursos frente à Corte Nacional do respectivo Estado, tendo a decisão um caráter vinculatório e definitivo¹⁶ (NIGEL *et al.*, 2009).

Assim, em virtude do sistema de reconhecimento automático de decisões arbitrais, consignado no art. 54 da Convenção de Washington, a arbitragem investidor-Estado tornou-se o principal mecanismo utilizado pelos investidores para resguardar seus direitos diante do Estado receptor do investimento (NIGEL *et al.*, 2009).

Uma segunda via também utilizada pelo investidor é a arbitragem investidor-Estado sob o regime da UNCITRAL¹⁷, sob as regras da Convenção de Nova Iorque¹⁸. A Convenção coloca o investidor numa situação mais frágil, justamente por não apresentar o reconhecimento automático dos laudos arbitrais, pautando-se na necessidade de obter a prévia revisão e confirmação da decisão arbitral antes desta poder ser executada no Estado receptor do investimento. Assim, possibilita recursos diante dos tribunais domésticos e pedido de anulação do laudo final¹⁹ (NIGEL *et al.*, 2009).

¹⁵ A competência do ICSID encontra-se definida no art. 25.º, n.º 1, da Convenção, nos termos do qual: “A competência do Centro abrangerá os litígios de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado contratante, litígio esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes”.

¹⁶ Art. 54 ICSID: os Estados contratantes devem reconhecer a obrigatoriedade da sentença dada em conformidade com a Convenção e assegurar a execução no seu território como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado — independentemente, portanto, de qualquer processo de revisão e confirmação prévias. A parte interessada no reconhecimento e execução tem apenas de fornecer ao tribunal competente ou outra autoridade desse Estado, para esse efeito, uma cópia da sentença autenticada pelo Secretário-Geral do ICSID.

¹⁷ Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional em 21 de Junho de 1985, alterada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional em 7 de Julho de 2006.

¹⁸ A convenção de Nova Iorque, de 1958, ou Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, é um importante diploma internacional de carácter multilateral em matéria de arbitragem. Com a Convenção de Nova Iorque buscou-se trazer uma segurança maior para o instituto, que passou a facilitar o processo homologatório de sentenças arbitrais. A referida Convenção dispõe, no seu art. I, que “aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução”.

¹⁹ Art. 34: Pedido de anulação como recurso exclusivo contra a sentença arbitral (1) O recurso interposto contra uma sentença arbitral perante um tribunal estatal só pode revestir a forma de um pedido de anulação, nos termos dos parágrafos 2.º e 3.º do presente artigo. (2) A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal referido no artigo 6.º se (a) A parte que faz o pedido fizer prova de que: (i) Uma parte da convenção de arbitragem referida

Uma vez que as regras da Convenção de Washington regulam a grande maioria dos AIIs, a literatura crítica entende que o atual arcabouço das regras de investimento e arbitragem não proporciona uma harmonia entre os interesses públicos e privados. Desse modo, a arbitragem investidor-Estado vem suscitando grandes debates na literatura, que enfatizam o grande impacto que o mecanismo tem sobre questões de grande apelo e interesse público. Nesse viés, três aspectos precisam ser elencados.

Em primeiro lugar, importa destacar que, uma vez que o Estado é diretamente responsável pela concessão e reconhecimento dos direitos de PI, alguns consideram que as disputas envolvendo esses direitos não poderiam ser levadas a tribunais arbitrais, sendo restrita à esfera pública. Assim, apenas órgãos nacionais teriam autonomia para determinar a validade ou a aplicabilidade de tais direitos (HARTER, 2007; NIGEL *et al.*, 2009; GIBSON, 2010; VADI, 2013).

Em segundo lugar, há um consolidado debate a respeito da legitimidade de um árbitro privado decidir sobre questão que impacta diretamente o público em geral. Supostamente, a sentença arbitral seria privada as partes envolvidas no respectivo litígio. Entretanto, é de amplo conhecimento que questões concernentes ao interesse público estão sendo levadas a tribunais arbitrais sob o regimento de AIIs, deixando a cargo dos árbitros decisões com efeito *erga omnes*. Assim, algumas questões estariam além do poder de um árbitro, justamente por gerarem implicações que, por vezes, podem ter efeito público mais amplo. A atuação de árbitros em questões que dizem respeito a faculdades estatais se apresenta como uma mudança de paradigma da tradicional prerrogativa dos juízes nacionais (HARTER, 2007; NIGEL *et al.*, 2009; GIBSON, 2010; VADI, 2013).

Por fim, discute-se a autonomia do Estado receptor do investimento frente às prerrogativas da arbitragem investidor-Estado. Nesse quesito, o debate gira em torno de o Estado ser unilateralmente exposto a reivindicações por uma ampla classe de potenciais requerentes em relação aos atos governamentais que afetam os ativos dos investidores estrangeiros. Essa problemática perpassa o fato das disputas investidor-Estado normalmente surgirem de atos que implicam o exercício de autoridade que é exclusiva do Estado, tais como a aprovação de legislação; a adoção de normas e a emissão de decisões judiciais (HARTER, 2007; VADI, 2013).

no artigo 7.º era incapaz; ou que a convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do presente Estado; ou (ii) A parte que requer a anulação da sentença arbitral não foi devidamente informada

Entretanto, mesmo diante dessas conflituosas questões, houve a consolidação da arbitragem como meio de solução de litígios nos AII's. A literatura apresenta que esse fato se pauta em algumas questões chaves. Seriam essas questões: primeiramente, a falta de confiança dos investidores no judiciário do país receptor; em segundo lugar, o objetivo de despolitizar os mecanismos de solução de controvérsias; em terceiro, a especialidade dos árbitros quanto à matéria; em quarto, a confidencialidade propiciada pela arbitragem; por fim, a celeridade e o custo do procedimento (FIEZZONI, 2011; VADI, 2013; FITZPATRICK e DILULLO, 2014).

Não obstante tais vantagens, esse procedimento vem recebendo muitas críticas, acarretando na crise do ISDS. Curiosamente, as críticas tratam exatamente das características postas como maiores “vantagens” da arbitragem investidor-Estado. Respectivamente, os críticos enfatizam que o sistema ISDS representa um novo processo de politização das decisões, uma vez que os tribunais arbitrais têm ligação direta com o Banco Mundial. Segundo essa vertente crítica, ao final do processo, o jogo de força política acaba sendo a via de pressão, principalmente através de embargos econômicos (FIEZZONI, 2011; VADI, 2013; FITZPATRICK e DILULLO, 2014).

Em seguida, os críticos exaltam que a arbitragem investidor-Estado conta com uma pequena quantidade de árbitros que, por vezes, proferem posicionamentos tendenciosos e em prol dos investidores. Na mesma linha, expõem que os árbitros não consideram questões de interesse público, marginalizando situações de cunho econômico (como crises financeiras vivenciadas pelos Estados receptores), de saúde pública e meio ambiente. Ademais, ressaltam que a falta de transparência do processo arbitral gera impacto em questões de interesse público que deveriam ser de total conhecimento da população diretamente afetada (FIEZZONI, 2011; VADI, 2013; FITZPATRICK e DILULLO, 2014).

Por fim, os críticos enfatizam que as sentenças arbitrais, por vezes, não seguem um parâmetro decisório alicerçado nos precedentes, gerando resultados díspares sobre um tópico comum. Finalizam esclarecendo que o custo do processo acaba sendo exorbitante, e muitas decisões demoram mais que o padrão do judiciário doméstico (FIEZZONI, 2011; VADI, 2013; FITZPATRICK e DILULLO, 2014).

Nesse sentido, as controvérsias acerca da arbitragem investidor-Estado ganham significância. A permissibilidade do uso desse mecanismo para decisão sobre matéria que afeta terceiros, que influencia na relação Estado-Sociedade e que pode trazer externalidades sociais importantes reflete as diferenças mais profundas na interpretação acerca do papel dos direitos de PI, sua função e as formas como contrabalancear os efeitos negativos da proteção.

Desse modo, o procedimento de arbitragem investidor-Estado estaria repleto de grandes fraquezas, causando, inclusive, uma fragmentação no sistema. A falta de normas comuns de proteção e as interpretações inconsistentes por painéis de arbitragem, mesmo sobre questões semelhantes, agravam as incertezas e riscos, principalmente por parte do Estado receptor. As disposições que regulam as disputas investidor-Estado, presentes no Modelo Padrão de AIIs, possibilitam a maior proteção dos interesses meramente comerciais sobre matérias de vital interesse nacional, provocando resultados de arbitragem internacional imprevisíveis (VADI, 2013; FITZPATRICK AND DILULLO, 2014; SCHILL, 2015; JOHNSON, COLEMAN AND GÜVEN, 2018; TOBIN, 2018).

Com efeito, vários Estados, principalmente na América Latina, começaram a denunciar o Modelo Padrão de AIIs, assim como a Convenção de Washington. Duas são as principais razões por trás desse entendimento. O questionamento da legitimidade do sistema ISDS para tratar de questões de vasto impacto no interesse público, ponderando se esse seria o fórum legítimo e ideal para tratar de questões que envolvem temáticas de saúde pública, é a primeira razão (VADI, 2013; FITZPATRICK e DILULLO, 2014; SCHILL, 2015; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; TOBIN, 2018).

O efeito provocado pela arbitragem investidor-Estado no *policy space* dos governos para implementarem políticas mandatórias de controle do tabaco, resultante do *regulatory chill* que a ameaça de litígios vem provocando nos Estados, é a segunda razão. Esse entendimento acirrou a atual crise que marca o sistema ISDS, desencadeando a formulação de Modelos Alternativos de AIIs que questionam a legitimidade da arbitragem investidor-Estado para resolver questões de saúde pública (VADI, 2013; FITZPATRICK e DILULLO, 2014; SCHILL, 2015; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; TOBIN, 2018).

O impacto do *regulatory chill* no *policy space* dos Estados para implementação da Lei de Arbitragem Padronizada, avaliados por meio dos casos mencionados pela literatura, é alvo dos tópicos finais desse capítulo.

3.1.5. A disposição dos elementos-chave nos BITs e nos capítulos de investimento do KORUS e TPP

Como tratado nas seções anteriores, a estratégia maximalista dos EUA, que se desdobrou na proliferação de BITs e capítulos de investimento dos APCs, consolidou um Modelo Padrão de AIIs alicerçado em regras de proteção à PI mais privatizantes. No que concernem às cláusulas específicas de proteção ao investimento que tocam aspectos dos

direitos de marca, destacam-se os três elementos-chave previamente abordados, quais sejam: o instituto da expropriação, o Princípio do Tratamento Justo e Equitativo e o sistema ISDS.

Destarte, visando a compreender o aparato do referido Modelo Padrão e elucidar de que maneira suas regras podem impactar a implementação da Convenção-Quadro, o conteúdo de alguns acordos selecionados (*US 2004-2012 Model BIT*; *SUI-URU BIT*; *AUS-HK BIT*; *KORUS*; *TPP*) foi analisado a partir de questões e problemáticas levantadas pela literatura compilada. Desse modo, esta seção foca esclarecer como cada um desses elementos-chave aparece no Modelo Padrão de AIIs, as respectivas críticas e consequentes alterações.

O *US 2004 Model BIT* foi o primeiro acordo selecionado para análise. Ele ilustra as demandas concernentes aos direitos de PI parte da estratégia maximalista dos EUA previamente abordada. O Modelo recebeu inúmeras críticas, principalmente no que concerne aos três elementos-chave em questão. Entretanto, poucas foram as alterações sofridas quando da comparação desse Modelo com o *US 2012 Model BIT*, que tinha como princípio fundamental responder exatamente às referidas críticas.

Do mesmo modo, o *BIT* entre o Uruguai e a Suíça; e o *BIT* entre a Austrália e Hong Kong (que embasam os casos de arbitragem posteriormente tratados) seguem as provisões dispostas no *US 2004 Model BIT*. Por fim, os capítulos de investimento do APC entre os EUA e a Coreia (*KORUS*), e do *Trans Pacific Partnership* (TPP), também seguem as mesmas provisões, com exceção da salvaguarda para políticas de controle do tabaco inseridas nas provisões do TPP.

Em primeiro lugar, no tocante ao sistema de solução de controvérsias, o Modelo Padrão de AIIs segue as provisões estabelecidas no *US 2004 Model BIT*. O sistema ISDS, presente tanto nos *BITs* quanto nos capítulos de investimento dos APCs, praticamente não sofreu ajustes, mesmo diante de constantes críticas. Em suma, os críticos do sistema ISDS requeriam que a arbitragem investidor-Estado fosse substituída pela arbitragem Estado-Estado. Do contrário, que fossem criados critérios para limitar o recurso da arbitragem investidor-Estado, como, por exemplo, a exaustão dos remédios nacionais. Também foi sugerida a alteração do tempo para abertura de uma reclamação. De acordo com o Modelo Padrão de AIIs, os investidores têm três anos para abrirem um litígio arbitral, desde o conhecimento da implementação da medida infringente. Como veremos na sequência, modelos alternativos reduziram esse período para um ano.

Desse modo, tendo por base a análise das provisões quanto ao sistema ISDS de cada um desses acordos, infere-se que os mesmos não dispõem de regulamentos para evitar a instauração de uma arbitragem investidor-Estado, nem preveem mecanismos de apelação,

tampouco impõem requisitos mais rigorosos para selecionar os árbitros. Por fim, caso ocorra a utilização de consulta e negociação prévias à arbitragem, estas serão de efeito não-vinculante.

Em segundo lugar, no que tange às obrigações de tratamento, a análise das provisões de cada um dos acordos comprova que todos preveem o Princípio do Tratamento Justo e Equitativo. Como tratado anteriormente, o Princípio é abordado de forma genérica e vaga, sem explicitar as medidas das quais os investidores estariam protegidos. Destarte, abre margem para diferentes interpretações e oferece um espaço de manobra perigoso para o investidor que, por vezes, pode impactar o interesse público do Estado receptor.

Por fim, no que concerne ao instituto da expropriação, a análise das provisões igualmente atesta que os acordos selecionados dispõem de cláusulas que, de maneira explícita, referem-se tanto à expropriação direta quanto à expropriação indireta. A única ressalva a ser feita sobre esse elemento diz respeito às provisões do *TPP*. Como resposta direta à crise do sistema ISDS, fortemente impulsionada pelos dois casos de litígios que serão abordados em seguida, o capítulo de exceção do *TPP* incluiu uma salvaguarda para as políticas de controle do tabaco. Destarte, o acordo permite que os Estados receptores do investimento se oponham à instauração de uma arbitragem investidor-Estado, quando da implementação de medidas que regulem o controle do tabaco.

Mesmo considerada um avanço, essa salvaguarda vem sofrendo críticas. Em suma, vários críticos questionam o fato de a salvaguarda ser restrita à questões de controle do tabaco, em um cenário em que os Estados lidam com um leque muito mais amplo de questões ambientais e de saúde que, da mesma forma, merecem proteção de procedimentos arbitrais. Ademais, a inclusão dessa cláusula no *TPP* foi uma consequência da incisiva pressão por parte do Governo da Austrália. No caso, não garante que outros acordos seguirão a mesma linha, principalmente, quando envolver países em desenvolvimento, sem a mesma capacidade de barganha inerente a países desenvolvidos.

Com base no exposto, fica claro que o Modelo Padrão de AIIs, aqui representado pelos acordos analisados, são desenhados para proteger os direitos dos investidores dos riscos políticos e econômicos, acelerar a liberalização do investimento e o acesso ao mercado. Desse modo, não coadunam com a promoção do investimento de maneira sustentável, uma vez que não sujeitam os investidores a um comportamento responsivo às demandas sociais e ambientais. Ademais, apesar dos países em desenvolvimento se submeterem às prerrogativas desses acordos visando à atração do investimento estrangeiro, não há evidências indicando que a adoção de AIIs realmente encoraja os fluxos de investimento estrangeiro. O Brasil é um exemplo que confirma essa inferência, ao passo que se configura como um dos maiores

receptores de investimento estrangeiro sem nunca ter assinado um BIT nos moldes do modelo padrão (LIBERTI, 2010; CORREA, 2013).

Para além dessa questão e de grande importância para a discussão, o Modelo Padrão de AIIs pode restringir a autonomia legislativa dos Estados para regularem matérias de interesse público, ao produzirem um *chilling effect* resultante da ameaça de arbitragem investidor-Estado. Esse debate é abordado no capítulo que segue, assim como será parte da discussão proposta por este estudo, no capítulo 5, quando da comparação com os Modelos Alternativos de AIIs.

4. *REGULATORY CHILL E POLICY SPACE*

Uma vez estabelecida a interconexão entre os regimes de investimento, PI e Saúde Global, assim como elucidada as características e elementos-chave do Modelo Padrão de AIIs, este tópico objetiva lançar luz sobre o possível *chilling effect* causado pela ameaça de arbitragem investidor-Estado, tendo como base reclamações sobre violação de direitos de marca com a implementação de políticas de controle do tabaco, e a consequente mitigação do *policy space* para implementar a Convenção-Quadro na sua mais avançada versão. Para tanto, serão analisados dois casos concretos de arbitragem investidor-Estado que tinham como objeto da reclamação suposta violação de marca em decorrência da implementação de políticas públicas para redução do consumo do tabaco.

A literatura sobre o *regulatory chill* ainda é incipiente. Grande parte dos estudos sobre a temática se volta para esse efeito no âmbito das políticas ambientais. Entretanto, há um esforço coordenado para produzir uma análise mais robusta sobre seu impacto na implementação de políticas de controle do tabaco. Desse modo, pesquisadores vêm se debruçando na avaliação desse efeito inibidor, visando a apoiar a reforma fundamental do sistema ISDS. (TIENHAARA, 2010; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN e NOTTAGE, 2017; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

O *regulatory chill* ocorre quando os legisladores atrasam, modificam ou cancelam a internalização de uma lei ou regulamento como consequência de fatores externos que impactam diretamente o processo de tomada de decisão, com a intenção de influenciar o resultado regulatório. No contexto em questão, o fator externo diz respeito ao medo de sofrer um litígio arbitral através do sistema ISDS. Em suma, a arbitragem investidor-Estado pode oferecer ameaça aos governos devido a três fatores. O primeiro diz respeito ao alto custo dos litígios; o segundo diz respeito à reputação do Estado processado em relação aos investidores estrangeiros e, por fim, o terceiro retrata a experiência negativa de litígios anteriores, principalmente no que tange o custo social (TIENHAARA, 2010; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN e NOTTAGE, 2017; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Esse *chilling effect* pode ter um impacto direto no *policy space* dos Estados, isto é, no direito de regular questões de interesse público. O direito de regular é uma expressão da soberania estatal que, por sua vez, oferece aos Estados prerrogativas para promulgar leis e políticas públicas responsivas às demandas sociais, inerentes à sua jurisdição interna (TIENHAARA, 2010; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN e NOTTAGE, 2017; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

De acordo com estudos recentes, resta divergência sobre os reais impactos do sistema ISDS na formulação de políticas de controle do tabaco. Isso se dá pelo fato de que diversas variáveis podem impactar o processo de tomada de decisão quanto à internalização de uma lei. No entanto, considerando o reduzido conjunto de evidências disponíveis, pode-se inferir que o mecanismo de *enforcement* investidor-Estado provoca o *regulatory chill* e mitiga o *policy space* dos países para implementação de políticas públicas obrigatórias, dentre elas, a Lei de Embalagem Padronizada (TIENHAARA, 2010; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN e NOTTAGE, 2017; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Com o intuito de esclarecer essa inferência, este tópico aborda os casos destacados pela literatura que embasam o entendimento acerca do *regulatory chill* para, num segundo momento, elucidar o impacto desse efeito no *policy space* para implementar a Lei de Embalagem Padronizada.

4.1. CASOS: AUSTRÁLIA V. PHILIP MORRIS E URUGUAI V. PHILIP MORRIS

A indústria do tabaco vem usando litígios internacionais como uma tentativa para mitigar a implementação de políticas de advertência dos males causados pelo tabaco. Essa estratégia é exercida por meio do mecanismo de *enforcement* do sistema ISDS, conhecido como arbitragem investidor-Estado. Os resultados da pesquisa destacam dois casos principais: “*Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Caso nº 2012-12*”; e “*Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA e Abal Hermanos SA v. República Oriental do Uruguai, ICSID processo ARB / 10/7*” (LOSARI, ROJID e RINCÓN, 2012; KOIVUSALO, 2014; POULSEN, 2015; WILLIAMS, 2016; BONNITCHA, 2017; TOBIN, 2018).

Como tratado anteriormente, a arbitragem investidor-Estado tem provocado debates acalorados na literatura, principalmente, como consequência de sua repercussão em questões públicas. Desse modo, os pesquisadores analisaram e questionaram a legitimidade da arbitragem investidor-Estado para abordar áreas com amplo impacto sobre o interesse público, principalmente no que toca questões de saúde pública (HARTEN, 2007; NIGEL *et al.*, 2009; GIBSON, 2010; SCHILL, 2010-2015; FIEZZONI, 2011; VADI, 2013; FOSTER, 2015).

Os dois casos mencionados são um exemplo claro desse problema, pois ilustram como o sistema ISDS afeta a autoridade soberana do governo para regular os interesses públicos

relacionados à saúde. Assim, alega-se que decisões como a do caso uruguaio estariam além do poder de um árbitro, precisamente porque geram desdobramentos que têm um efeito público mais amplo (NIGEL, 2009; GIBSON, 2010; VADI, 2013; FOSTER, 2015; SCHILL, 2015).

Embora os casos australiano e uruguaio tenham sido decididos em favor do Estado, uma vez que a indústria do tabaco perdeu as reivindicações, o sistema ISDS ainda representa uma enorme ameaça para os países em desenvolvimento, no que se refere à implementação de medidas cruciais da Convenção-Quadro. O motivo é duplo. Em primeiro lugar, diz respeito às características estruturais da arbitragem investidor-Estado, previamente detalhadas (VADI, 2013; FITZPATRICK e DILULLO, 2014; SCHILL, 2015; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; TOBIN, 2018).

Em segundo lugar, relaciona-se com o fato de a arbitragem investidor-Estado demandar procedimentos altamente custosos e demorados. Países com menos recursos e restrições de capacidade apresentam dificuldades para se defender contra tais alegações. O Uruguai, por exemplo, teve que contar com a assistência da OMS e da OPAS para enfrentar as acusações, além de receber financiamento da *Iniciativa Bloomberg* (BONNITCHA, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; TOBIN, 2018).

Consequentemente, os impactos sobre os países em desenvolvimento são maiores do que os sentidos pelos países desenvolvidos, uma vez que a capacidade de avaliar as implicações legais de um AII e poder de barganha para responder às ameaças por parte da indústria do tabaco é menor (LOSARI, ROJID e RINCÓN, 2012; KOIVUSALO, 2014; POULSEN, 2015; WILLIAMS, 2016; BONNITCHA, 2017; TOBIN, 2018).

Assim, além de resultar em um *chilling effect*, a arbitragem investidor-Estado mitiga o *policy space* dos países para implementarem políticas com custo-benefício comprovado, como a Lei de Embalagem Padronizada. Isso se dá pelo fato de os governos enfrentarem ameaças de arbitragem ao tentarem implementar tais políticas parte da CQCT (LOSARI, ROJID e RINCÓN, 2012; KOIVUSALO, 2014; POULSEN, 2015; WILLIAMS, 2016; BONNITCHA, 2017; TOBIN, 2018).

O Governo australiano aprovou a Lei de Embalagem Padronizada em 2011, sendo o primeiro país a implementar uma legislação sobre padronização de embalagens de tabaco. A lei é uma resposta à epidemia do tabaco e baseia-se em pesquisas consolidadas que afirmam que a Embalagem Padronizada reduz o apelo e a desejo pelo fumo (GOLDBERG *et al.*, 1999; PROCHASKA *et al.*, 2008; MITCHELL e STUDDERT, 2012).

Apesar do fato de que a Austrália justificou a lei sob a autoridade soberana do governo para implementar medidas de saúde pública, a Philip Morris Asia Ltd (PMA) iniciou uma

disputa pelo sistema ISDS, no âmbito do Austrália-Hong Kong BIT, alegando que a nova lei interferia nos direitos de PI da empresa, constituindo uma expropriação indireta (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018).

O grupo de tabaco reivindicou que seus produtos haviam sido transformados em “commodities sem marca, diminuindo substancialmente o valor do seu investimento na Austrália” (HEPBURN e NOTTAGE, 2017: 308). A intenção por trás do litígio foi impedir a implementação da política na Austrália e, principalmente, ameaçar outros países que consideravam implementar medidas semelhantes (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018).

O caso foi decidido com base na “tecnicidade jurídica”, sem avaliar o mérito, quais sejam, os custos sociais. Consequentemente, o processo foi arquivado e a Philip Morris teve de pagar os custos legais do Governo da Austrália (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018).

O Uruguai tem mantido uma trajetória firme e notável na implementação de políticas que regulam a publicidade e o uso do tabaco. Por meio de vários decretos, portarias e emendas legislativas, o Governo uruguaio ampliou progressivamente sua política antifumo, a partir da qual devem ser destacadas duas medidas: o Decreto nº 287-009 e a Portaria nº 514. O Decreto exigiu mensagens gráficas de advertência em todos os produtos do tabaco – frente e verso das embalagens, cobrindo 80% da embalagem, superando a exigência anterior de 50% (“Regultamento 80/80”) (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018).

No mesmo espírito, a Portaria nº 514 estabeleceu que cada marca deveria ser limitada a apenas uma apresentação (“Requisito de Apresentação Única”), de modo a proibir variações de marca que possam ser consideradas enganosas aos consumidores em relação à segurança e saúde dos produtos do tabaco. Portanto, o uso de termos “*light*” e “*ultra-light*”, por exemplo, e o uso de nomes codificados por cores, incluindo “*Marlboro Green (Fresh Mint)*”, foram proibidos (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018).

Em resposta às medidas mencionadas, a Philip Morris International (PMI) enviou uma solicitação de arbitragem ao Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID) - Grupo do Banco Mundial. Eles entraram com uma ação no sistema

ISDS contra o Uruguai fundamentada no BIT Suíça-Uruguai (a PMI está sediada na Suíça) (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018).

A PMI alegou que as medidas violavam os direitos de PI sob o acordo. Na visão da PMI, o “Requisito de Apresentação Única” e o “Regulamento 80/80” restringem os direitos de marca registrada, impactando significativamente as expectativas de lucro da empresa tabagista. Assim, para sustentar a alegação, a empresa suscitou a ocorrência de “expropriação indireta da marca” e violação do “Princípio do Tratamento Justo e Equitativo” (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018).

Portanto, a PMI acusou as medidas do Uruguai de assumirem uma forma de expropriação indireta, uma vez que as políticas implementadas limitavam o uso de variações de marca, banindo efetivamente sete das treze variações vendidas pela empresa, afetando o valor da marca e reduzindo a expectativa de lucro. Ao reduzir a expectativa de lucro, a PMI afirmou que o Uruguai também violou o Princípio do Tratamento Justo e Equitativo, já que os investidores tinham expectativas legítimas de que o ambiente regulatório não mudaria drasticamente, especialmente através da implementação de políticas encampadas pelo próprio governo (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018).

Por outro lado, o Uruguai argumentou que as medidas contestadas foram adotadas de acordo com as obrigações internacionais do país, incluindo o BIT, com o único propósito de proteger a saúde pública. Segundo o Uruguai, tanto o Decreto nº 287-009 como a Portaria nº 514 foram aplicados de forma não discriminatória às empresas de tabaco, exercendo a autoridade soberana do governo de boa fé e com razoabilidade (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN 2018).

Depois que a PMI iniciou a reivindicação arbitral, o Governo uruguaio abriu uma sessão especial para discutir a “repercussão internacional da legislação antitabagista do Uruguai” (TOBIN, 2018, p. 160). De acordo com as pesquisas de Jennifer Tobin (2018, p.160), “um número de membros do Congresso discutiu opções para permitir mais variações das marcas e reduzir a porcentagem de cobertura das advertências gráficas na embalagem para minimizar o impacto na PMI”. Naquela época, o Uruguai não considerou a implementação da Lei de Embalagem Padronizada em sua forma mais extensiva (TOBIN, 2018).

Após seis anos de um litígio altamente custoso, o caso foi decidido em favor do Estado. O tribunal arbitral rejeitou a contestação da Philip Morris aos dois regulamentos, pois o painel arbitral entendeu que as medidas foram implementadas para proteger a saúde pública contra a morte e a doença resultante do uso do tabaco e para impedir a publicidade de produtos que levariam o consumidor ao engano. Assim, nesse caso, o laudo arbitral foi baseado no mérito, e não apenas no tecnicismo jurisdicional (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018).

O laudo arbitral determinou que a Philip Morris pagasse as taxas do advogado do Uruguai e outros custos, totalizando uma compensação de mais de US \$ 7 milhões. No entanto, esse montante não cobriu o tempo e o custo dedicados a legitimar o caráter obrigatório da intervenção de saúde com custo-benefício comprovado, nem os impactos sobre outros governos que planejavam implementar políticas semelhantes e tiveram que “ponderar os custos de uma possível arbitragem durante o processo de tomada de decisão” (TOBIN, 2018, p. 160).

Consequentemente, a ameaça da arbitragem pode ter “desacelerado os países no processo de implementação de regulamentos similares” e/ou “pode ter impedido alguns países de implementarem novas regulamentações” (TOBIN, 2018, p.158-160). A consequência para a saúde diante desses possíveis atrasos e desistências é difícil de ser mensurada (HEPBURN e NOTTAGE, 2017; DREYFUSS e FRANKEL, 2018; HAWKINS, HOLDEN e MACKINDER, 2018; TOBIN, 2018).

Destarte, o próximo tópico prossegue com exemplos destacados pela literatura sobre o impacto do sistema ISDS após a ocorrência desses dois casos de arbitragem internacional investidor-Estado abertos pela Philip Morris. Diversos países em desenvolvimento registraram alterações nos regulamentos propostos, atraso ou desistência no que toca a implementação de medidas de advertência mais restritivas em resposta à ameaça de arbitragem, principalmente na América Latina. Essa pode ser a principal razão por trás do fato de que nenhum país em desenvolvimento implementou a Lei de Embalagem Padronizada até o momento.

4.2. IMPACTO NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEI DE EMBALAGEM PADRONIZADA

No que toca os exemplos destacados na literatura a respeito do impacto da ameaça de arbitragem sobre a Lei de Embalagem Padronizada, o caso da Nova Zelândia confirma a

inferência de que a referida ameaça causa *regulatory chill* e consequente mitigação do *policy space* dos Estados.

A Nova Zelândia considerou a aprovação de uma política semelhante à Lei de Embalagem Padronizada implementada pela Austrália, mas fez uma “declaração expressa de que a legislação seria suspensa até o resultado da arbitragem ISDS” (SHEKHAR, 2016, p.17) previamente tratada. O anúncio foi feito pela Ministra Adjunta da Saúde, Dame Tariana Turia, enfatizando o “risco das empresas de tabaco tentarem abrir litígios arbitrais contra qualquer legislação, como visto na Austrália” (SHEKHAR, 2016, p. 18) (TIENHAARA, 2010; TURIA, 2013; HEPBURN e NOTTAGE, 2017; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Nesse sentido, a ameaça de uma dispendiosa e demorada arbitragem internacional resultou em um custo social, pois o governo da Nova Zelândia decidiu aguardar a sentença arbitral da PMA contra a Austrália para aprovar sua própria política de Embalagem Padronizada. Assim, diante da ameaça provocada pela indústria do tabaco, que resulta no mencionado *regulatory chill*, a Nova Zelândia adiou a implementação de uma política com custo-benefício comprovado (TIENHAARA, 2010; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN e NOTTAGE, 2017; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Destarte, o *policy space* para fazer cumprir a CQCT foi mitigado, ao passo que o governo não conseguiu “regular no melhor interesse de seus cidadãos [...] apenas por medo de sofrer uma arbitragem” (TOBIN, 2018, p.163) (TIENHAARA, 2010; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN e NOTTAGE, 2017; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018). Esse caso é um exemplo prático para confirmar a inferência de que a ameaça de arbitragem ISDS causa *regulatory chill* e a consequente mitigação do *policy space* do Estado receptor.

Para além desse caso, o estudo de Jennifer Tobin (2018) compilou exemplos de políticas semelhantes às regulamentações da Lei de Embalagem Padronizada que foram atrasadas, reduzidas ou canceladas em resposta à ameaça provocada pelo sistema ISDS. A análise concentrou-se nos países da América Latina, baseada em Comitês do Congresso, Relatórios das Comissões e Sessões Especiais para discutir o assunto (FACH, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

De acordo com as descobertas do referido estudo, o México reduziu as regulamentações de Controle do Tabaco, tendo o Congresso rejeitado uma versão mais restritiva da política de advertência (semelhante à Lei de Embalagem Padronizada implementada pela Austrália) para evitar “arbitragens domésticas e internacionais” (Tobin, 2018:161). Consequentemente, o País exigiu o padrão mínimo recomendado pela CQCT, aprovando uma lei que estabelecia apenas

30% da frente da embalagem para exibir pictogramas de advertências de saúde (FACH, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Os resultados também apresentaram o caso da Guatemala. O país tentou aprovar medidas de advertência para o Controle do Tabaco em 2010, assim como em 2016, mas ambas falharam. O principal argumento era que “regulamentos rigorosos para embalagens de tabaco violariam a liberdade das empresas e os direitos de propriedade intelectual garantidos pela Constituição” (Tobin, 2018, p.161), tornando a Guatemala vulnerável a reivindicações domésticas e internacionais (SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Nesse mesmo sentido, ainda segundo Tobin (2018), a Comissão de Economia e Comércio Exterior da Guatemala (2010) declarou que “estender os pictogramas de advertência para 80% da embalagem seria equivalente à expropriação da propriedade privada e violaria compromissos constitucionais e internacionais” (TOBIN, 2018, P.161).

A autora também registrou resultados da Comissão de Saúde do Congresso da Guatemala (2016), enquanto o governo tentava aprovar uma política já reduzida (60% de cobertura da embalagem). A Comissão afirmou que “o limite mínimo de 60 por cento para pictogramas de advertência criaria incerteza jurídica para investidores nacionais e internacionais e poderia violar compromissos internacionais” (TOBIN, 2018, p.162). Assim, apesar do custo-benefício da política, os regulamentos não conseguiram passar diante da ameaça de arbitragem oferecida pelo mecanismo de *enforcement* do sistema ISDS (SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Finalmente, relatou os casos hondurenhos e chilenos. Honduras reagiu à ameaça do sistema ISDS da mesma forma que a Guatemala. O governo aprovou uma lei exigindo que 80% das embalagens fossem cobertas por pictogramas em 2010. No entanto, em 2011, o governo reduziu a lei para 50%, “citando a possibilidade de que o percentual maior seria uma violação dos compromissos comerciais internacionais” (TOBIN, 2018, p.162).

O Governo chileno estava medindo os custos entre exigir as provisões mínimas da CQCT e estender a lei, tornando-a semelhante às políticas da Austrália – Lei de Embalagem Padronizada. Conforme especificado pela autora mencionada, os legisladores chilenos “temiam que a Embalagem Padronizada fosse vista como arbitrária e discriminatória, ou mesmo uma violação das leis de propriedade intelectual, podendo resultar em arbitragem doméstica e internacional” (TOBIN, 2018, p.161) (SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Todos os exemplos mencionados também confirmam a inferência de que a arbitragem investidor-Estado provoca *regulatory chill* e mitiga a autonomia legislativa dos países. Nesse

caso, é mais provável que esses países atrasem, reduzam ou deixem de implementar as políticas de controle do tabaco.

Além disso, muitos países da América Latina denunciaram o Modelo Padrão de AIIIs e/ou retiraram-se da Convenção de Washington. Equador, Colômbia Bolívia e Venezuela são casos confirmados. Seguindo a mesma linha, outros países sul-americanos também estão considerando o término formal de muitos AIIIs que seguem o Modelo Padrão, alicerçado na arbitragem investidor-Estado (TIENHAARA, 2010; FIEZZONI, 2011; BOEGLIN, 2013; TURIA, 2013; SHEKHAR, 2016; HEPBURN e NOTTAGE, 2017; FACH, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018; TOBIN, 2018).

Esse contexto ilustra o cenário em que países em desenvolvimento vêm evitando a arbitragem investidor-Estado para reduzir o *chilling effect* e garantir o *policy space*. Entretanto, esses países estão no ponto de transição entre denunciar o Modelo Padrão de AIIIs e aderir a um Modelo Alternativo de AIIIs, alicerçado nas Metas do ODS 17. Assim, falta-lhes um aparato de proteção ao investimento internacional eficiente, tornando a ligação entre investimento e políticas de saúde frágil. Nesse liame, visando sanar essa problemática e atingir o equilíbrio entre proteção ao investimento e implementação de políticas mandatórias no campo da saúde pública, o próximo capítulo aborda os Modelos Alternativos de AIIIs, discutindo sobre suas potencialidades no que tange a autonomia legislativa dos Estados para internalizarem a Lei de embalagem Padronizada e cumprirem com o ODS 3.a.

5. IMPULSIONANDO COMPLIANCE: A LEI DE EMBALAGEM PADRONIZADA E O ODS 3.A.

Com base nos resultados da revisão bibliográfica e análise dos acordos, constatou-se que o Modelo Padrão de AII, dotado de regras de proteção aos direitos de marca e do sistema ISDS, abre um espaço perigoso para os investidores ameaçarem a autonomia legislativa dos países receptores do investimento quando da implementação de políticas essenciais de controle do tabaco. Os casos de arbitragem investidor-Estado que tiveram como objeto do litígio reclamações acerca da implementação de medidas de controle do tabaco aumentaram a percepção em torno dos problemas específicos, institucionais e sistêmicos decorrentes do *regulatory chill* causado por esses acordos. Destarte, entendeu-se que o modelo padrão oferece aos investidores uma desvantagem injusta, ao priorizar os seus interesses privados em detrimento do interesse público do Estado receptor, causando um desequilíbrio entre a proteção dos direitos do investidor estrangeiro e do direito do Estado de regular.

Entretanto, a partir da análise de outros formatos de acordos de investimento, provenientes do aprofundamento da pesquisa sobre a cláusula investidor-Estado e *regulatory chill*, foi possível identificar modelos que têm potencial para dar mais estabilidade às relações entre investimento estrangeiro, garantia à ação governamental e implementação de políticas de saúde e controle ao tabaco. Assim, este capítulo pretende apresentar uma discussão específica que propõe Modelos Alternativos de AII como uma opção eficiente para garantir *compliance* com a CQCT e o consequente alcance do ODS 3.a.. Para tanto, parte do comparativo entre os elementos-chave do Modelo Padrão de AII e os Modelos Alternativos Indiano e Brasileiro, ilustrado na Tabela 4. Na sequência, o foco é direcionado ao Modelo Brasileiro de AII, justificado pela constatação de que ele é o único a mitigar, por completo, a ameaça da arbitragem investidor-Estado e consequente *regulatory chill* quando da implementação da Lei de Embalagem Padronizada.

Num segundo momento, este capítulo pretende analisar de que maneira as metas do ODS 17 fortalecem o argumento por trás da necessidade de disseminação do Modelo Alternativo Brasileiro de AII. O potencial das referidas metas para impulsionar essa disseminação e, consequentemente, assegurar a internalização da Lei de Embalagem Padronizada, está ligado ao fato do ODS 17 encampar uma nova abordagem para o desenvolvimento, alinhada com os princípios e conceitos norteadores do modelo. Apresentar uma estratégia que salvaguarda os direitos do investidor ao mesmo tempo em que se internaliza a Lei de Embalagem Padronizada é o objetivo.

5.1. MODELOS ALTERNATIVOS DE AIIS: MODELOS BRASILEIRO E INDIANO

Como discutido anteriormente, a crise da arbitragem investidor-Estado resultou na demanda pela reforma do sistema ISDS. A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) respondeu a essa demanda e forneceu um "*Investment Policy Framework*" que sugere estratégias para melhorar o mecanismo de solução de controvérsias dos AIIs.

Ao analisar o *framework* da UNCTAD e as diferentes propostas por parte dos Estados, constata-se que a reforma em curso pode ser dividida em três categorias: reforma incremental, reforma institucional e reforma fundamental. Este estudo concentra-se nas reformas fundamentais propostas pelos países em desenvolvimento. O Modelo Indiano de AIIs e o Modelo Brasileiro de AIIs representam o resultado da reforma fundamental do sistema ISDS. Os principais elementos desses modelos, a partir da comparação entre eles e o Modelo Padrão de AIIs, estão ilustrados na tabela 4 (apresentada ao fim da seção) (BERNASCONI, 2015; UNCTAD, 2015; ANKERSMIT, 2018; DELANY, SINAL e THOMPSON, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN 2018; MCLAUGHLIN, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

A reforma incremental é liderada principalmente pelos EUA e pelo Japão. De modo geral, essa linha reconhece as desvantagens do sistema ISDS, mas argumenta que as deficiências podem ser tratadas nos limites do aparato atual. Essencialmente, a reforma propõe o equilíbrio entre o interesse público e os direitos privados através da “limitação do poder discricionário dos árbitros [...] do melhoramento da transparência do processo [...] e da permissão de alterações no Acordo” (McLaughlin, 2018:79) (UNCTAD, 2015; ANKERSMIT, 2018; DELANY, SINAL e THOMPSON, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

A reforma institucional é endossada pela União Europeia e pelo Canadá. Essa vertente defende que a reforma incremental não é suficiente para enfrentar as problemáticas do sistema ISDS. Notadamente, a reforma indica a criação de “um tribunal de investimento e/ou um mecanismo de apelação” (MCLAUGHLIN, 2018, p.80). O objetivo é melhorar a transparência e aumentar a coerência dos laudos arbitrais (UNCTAD, 2015; ANKERSMIT, 2018; DELANY, SINAL e THOMPSON, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

Uma iniciativa semelhante foi conduzida sob o auspício da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), com a proposta da criação de um centro substituto para o ICSID, no âmbito da UNASUL. O processo de negociação já dura uma década e a proposta chegou a um primeiro estágio preliminar (“Projeto de Acordo Constitutivo do Centro de Solução de Disputas sobre Investimentos da UNASUL”), mas ainda não se alcançou uma conclusão. O Grupo de Trabalho da UNASUL teve uma reunião em Buenos Aires, em 29 e 30 de junho de 2017, mas o acordo constitutivo ainda enfrenta muitos problemas de inconsistência (BERNASCONI, 2015; UNCTAD, 2015; ANKERSMIT, 2018; DELANY, SINAL e THOMPSON, 2018; FACH, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

A reforma fundamental é a proposta mais extrema, pois restringe/recusa o elemento central do sistema ISDS - a possibilidade de um investidor abrir uma reivindicação internacional de arbitragem contra o Estado. Como mencionado anteriormente, alguns países latino-americanos, que apoiam essa reforma, retiraram-se do ICSID ou pretendem fazê-lo. Além disso, o Brasil e a Índia propuseram Modelos Alternativos de AIIs que se coadunam com o proposto por essa vertente (BERNASCONI, 2015; UNCTAD, 2015; ANKERSMIT, 2018; DELANY, SINAL e THOMPSON, 2018; FACH, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

Entretanto, o modelo brasileiro é o único Modelo Alternativo de AIIs que não oferece a arbitragem investidor-Estado como mecanismo de *enforcement*. O modelo indiano, por sua vez, estabelece medidas para prevenir a ocorrência de arbitragem investidor-Estado. Uma delas, e de grande impacto, é a exigência de exaustão dos remédios locais antes da instauração da arbitragem. Essa medida requer a tentativa de resolver a disputa no âmbito das cortes domésticas e instâncias administrativas antes de abrir uma reclamação arbitral. Ademais, no Modelo Padrão de AIIs, os investidores têm um período de três anos para abrir uma reclamação arbitral, após o conhecimento da adoção da medida infratora. O modelo indiano reduz esse tempo para um ano, a contar do conhecimento da implementação da medida. Todavia, ainda há possibilidade da disputa ser resolvida sob o sistema ISDS. Caso isso ocorra, o modelo indiano oferece medidas para aumentar a transparência e a imparcialidade (ANKERSMIT, 2018; DELANY, SIGNAL e THOMPSON, 2018; FACH, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

Ainda em resposta às críticas que o Modelo Padrão de AIIs vem recebendo, o modelo indiano estabelece regras e princípios que objetivam repaginar o aparato dos AIIs, na medida em que promovem maior equilíbrio entre a proteção dos direitos do investidor estrangeiro e a

proteção do *policy space* do Estado receptor. Nesse sentido, faz salvaguardas importantes no tocante à taxaço, licença compulsória em PI e em relação aos subsídios e poder de compra governamental. Além disso, o modelo indiano prevê a possibilidade da instauração de um mecanismo de apelação, visando a assegurar coerência interpretativa das suas provisões (ANKERSMIT, 2018; DELANY, SIGNAL e THOMPSON, 2018; FACH, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

Ademais, em relação às obrigações de tratamento, o modelo indiano reduz o escopo do Princípio do Tratamento Justo e Equitativo, alinhando suas prerrogativas ao Direito Internacional Consuetudinário. Desse modo, prevê, explicitamente, os tipos de condutas das quais os investidores estão protegidos, indo além da definição vaga e ambígua encontrada no Modelo Padrão de AIIs que, como visto, protege a legítima expectativa de lucro por parte do investidor. Por fim, no que toca o instituto da expropriação, o modelo indiano faz referência explícita à expropriação direta e a medidas equivalentes à expropriação direta – indireta. Consequentemente, não mostra avanço nesse critério (ANKERSMIT, 2018; DELANY, SIGNAL e THOMPSON, 2018; FACH, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

Os elementos-chave do Modelo Padrão de AIIs, do Modelo Alternativo Brasileiro de AIIs e do Modelo Alternativo Indiano de AIIs, relacionados aos casos de arbitragem previamente tratados, estão destacados na tabela a seguir (tabela 4). A tabela foi adaptada do estudo de Geraldo Vidigal e Beatriz Stevens (2018, p. 503-507) e visa fornecer as bases para a próxima discussão.

Tendo em vista os avanços de cada um dos modelos alternativos e se atendo ao fato do modelo brasileiro ser o único a eliminar a cláusula referente ao sistema ISDS, o próximo tópico se atém, especificamente, às suas provisões. Parte-se do pressuposto de que o modelo brasileiro configura-se como a melhor estratégia para assegurar o *policy space* dos Estados no que toca a internalização da Lei de Embalagem Padronizada. Na sequência, o ODS 17 é indicado como mecanismo promissor para fortificar o argumento em torno da necessidade de disseminação de um modelo alternativo entre os países em desenvolvimento.

	Modelo Padrão de AIIs (US 2004-2012 Model BIT; SUI-URU BIT; AUS-HK BIT; KORUS; TPP)	Modelo Alternativo Indiano de AIIs	Modelo Alternativo Brasileiro de AIIs
Sistema de Solução de Controvérsias	ISDS	ISDS (Com disposições para evitar a abertura do litígio e possibilidade de apelação)	Ausência do ISDS (Substituído pela Arbitragem Estado-Estado)
Passo a Passo antes da Resolução da Disputa	<ul style="list-style-type: none"> • Não exige o esgotamento dos recursos internos; • Estatuto de limitações: 3 anos para contestar uma medida; • Consulta e Negociação – pode incluir o uso de procedimentos de terceiros, com efeito não-vinculante; • Seleção dos Árbitros: Cada Parte nomeia um Árbitro e o terceiro é nomeado por acordo entre Partes; • Nenhum Mecanismo de Apelação 	<ul style="list-style-type: none"> • Exige o esgotamento dos recursos internos; • Estatuto de limitações: 1 ano para contestar uma medida; • Arbitragem Estado-Estado – Consultas precedem a abertura do procedimento arbitral; • Seleção dos Árbitros: Requisitos mais rigorosos para seleção dos Árbitros; • As Partes podem acordar por um Mecanismo de Apelação. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ombudsman e Pontos Focais para evitar o surgimento de disputas; • Negociações e Consultas precedem a abertura do procedimento arbitral; • Consultas com o Comitê Conjunto.
Obrigações de Tratamento	<ul style="list-style-type: none"> • Obrigações de Transparência; • Prevê o Tratamento Justo e Equitativo. 	<ul style="list-style-type: none"> • Obrigações de Transparência; • Não prevê o Tratamento Justo e Equitativo como um padrão independente. Adota um padrão mais alinhado com o Direito Internacional Consuetudinário, prescrevendo os tipos de conduta das quais os investidores estrangeiros estão protegidos. Não aborda diretamente a expectativa de lucro do investidor. 	<ul style="list-style-type: none"> • Obrigações de Transparência (na publicação de normas e resoluções – oportunidades razoáveis para as Partes interessadas se pronunciarem a respeito das medidas propostas); • Não Prevê o Tratamento Justo e Equitativo.
Cláusula de Expropriação	<ul style="list-style-type: none"> • Cláusula de Expropriação: Refere-se explicitamente à Expropriação Direta e Indireta. <p><small>** TPP – Salvaguarda: Políticas de Controle do Tabaco.</small></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cláusula de Expropriação: Refere-se explicitamente à Expropriação Direta e a medidas equivalentes à Expropriação. 	<ul style="list-style-type: none"> • Cláusula de Expropriação: Não se refere explicitamente à Expropriação Direta nem a Expropriação Indireta.

Tabela 4 Modelo Padrão de AIIs v. Modelos Alternativos de AIIs – elaboração própria

5.1.1. O Modelo Alternativo Brasileiro como Estratégia

Os resultados da análise proposta, tratados no capítulo anterior, apontam que Modelos Alternativos de AIIs, baseados em reformas fundamentais, são raros. O Modelo Alternativo Brasileiro de AIIs, intitulado Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs), é o único que excluiu a cláusula de arbitragem investidor-Estado, substituindo o sistema de disputa ISDS pela arbitragem Estado-Estado. Conforme sintetizado na tabela 4, o ACFI vai além do proposto pelo Modelo Alternativo Indiano de AIIs ao reformar os principais elementos que diretamente causaram os litígios arbitrais nos casos previamente detalhados.

Os elementos são: o sistema de solução de controvérsias; as obrigações de tratamento; e a cláusula de expropriação. Destarte, tendo por base a forma como o modelo brasileiro aborda cada um desses elementos, suas disposições são contextualizadas com a internalização da Lei de Embalagem Padronizada para demonstrar por que o ACFI é uma opção eficiente para os países em desenvolvimento.

A estrutura dos ACFIs segue as diretrizes da UNCTAD para promover o investimento, ao mesmo tempo em que garante a coerência entre suas disposições e os ODS, essencialmente, ao promover o equilíbrio entre os direitos e obrigações dos Estados e investidores. Substancialmente, o modelo brasileiro visa à cooperação e à facilitação do investimento, diferindo-se do Modelo Padrão de AIIs, que se concentra na proteção ao investidor. Essa característica elementar dos ACFIs estabelece os fundamentos para reduzir os riscos de arbitragens que demandam tempo e custo, ao mesmo tempo em que garante o *policy space* do governo para implementar as medidas necessárias relacionadas à saúde (BERNASCONI e BRAUCH, 2015; MOROSINI e BADIN, 2015; GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

Ao analisar os ACFIs assinados (no total de nove, até o momento), fica claro como a “autonomia legislativa nacional e o *policy space*” (BERNASCONI e BRAUCH, 2015, p. 2) são reafirmados, ao passo que se estimula o investimento, enraizado num ambiente cooperativo. Ademais, o “papel essencial do investimento na promoção do desenvolvimento sustentável” (BERNASCONI e BRAUCH, 2015, p. 2) é explicitamente declarado no texto preambular dos ACFIs, ao “adotar medidas de responsabilidade social corporativa” (VIDIGAL e STEVENS, 2018, p. 487).

Essas medidas encorajam “investidores estrangeiros a respeitarem os Direitos Humanos e as leis ambientais no país receptor” (MOROSINI e BADIN, 2015, p. 5), mitigando riscos; alinhando o acordo com a Agenda ODS; e protegendo os interesses/necessidades dos cidadãos do Estado receptor (GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018).

No mesmo caminho, o aparato legal do Modelo Alternativo Brasileiro de AIIs evita litígios ao inserir o “diálogo e a consulta bilateral antes do início dos procedimentos de arbitragem Estado-Estado” (GÓMEZ e TITI, 2016, p. 7). A esse respeito, os ACFIs preveem o mandato de duas instituições: “Pontos Focais” ou “Ombudsmen” e o “Comitê Conjunto”. Tais instituições combinam funções em um “processo de dois estágios”, agindo “diretamente

para evitar disputas e facilitar resoluções em coordenação com as autoridades governamentais competentes e em colaboração com as entidades privadas apropriadas” (BERNASCONI e BRAUCH, 2015, p. 6). O objetivo central é evitar a abertura de litígios (MOROSINI e BADIN, 2015; GABRIEL, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

Ao extinguir o sistema ISDS e prever o mecanismo de arbitragem Estado-Estado como aparato internacional para solucionar controvérsias, o modelo brasileiro elimina o espaço de atuação que as empresas de tabaco tinham para abrirem litígios arbitrais diretamente contra os Estados, já que somente um Estado-parte pode iniciar um processo. Assim sendo, a arbitragem, nos moldes dos ACFIs, é um mecanismo que visa “assegurar *compliance*, em vez de fornecer aos investidores uma compensação por violação” (VIDIGAL e STEVENS, 2018, p. 487).

Também é importante ressaltar que os Estados receptores do investimento podem iniciar uma reclamação arbitral, diferentemente do Modelo Padrão de AIIIs, em que apenas os investidores têm a prerrogativa (BERNASCONI e BRAUCH, 2015; MOROSINI e BADIN, 2015; GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018).

Quanto às obrigações de tratamento, o mecanismo de transparência dos ACFIs também evita riscos. O modelo estabelece obrigações que vão além do que é declarado no Modelo Padrão de AIIIs e no Modelo Alternativo Indiano de AIIIs, solicitando “transparência na publicação de normas e regulamentos” (VIDIGAL e STEVENS, 2018, p. 507) e estabelecendo que “cada Parte se esforçará no sentido de permitir uma oportunidade razoável para os interessados expressarem sua opinião sobre as medidas propostas” (MOROSINI e BADIN, 2015, p. 5) (BERNASCONI e BRAUCH, 2015; GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018).

Na mesma linha, os ACFIs não oferecem Tratamento Justo e Equitativo. Esse princípio se tornou “uma das disposições mais controversas” (JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018, p. 24) do Modelo Padrão de AIIIs, à medida que as empresas de tabaco começaram a fundamentar suas reivindicações sob suas prerrogativas. Assim, evitando essa cláusula, os ACFIs impedem que os investidores estrangeiros busquem compensação com base meramente em suas expectativas de lucro geradas pela marca, independentemente de qualquer questão de interesse público (GIBSON, 2010; BERNASCONI e BRAUCH, 2015;

MOROSINI e BADIN, 2015; GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018).

Finalmente, em relação ao instituto de expropriação, os ACFIs se enquadram, também, como o único modelo a não fazer referência explícita à expropriação direta ou indireta. Mais uma vez, vai além do disposto no Modelo Alternativo Indiano de AIIs, que explicitamente se refere à expropriação direta e/ou equivalente a uma expropriação direta (expropriação indireta) no seu aparato. Ao excluir a referência à expropriação indireta (e/ou equivalente), o modelo brasileiro removeu as barreiras legais que poderiam resultar de interpretações diferentes em relação ao instituto. Consequentemente, o aparato dos ACFIs protege o *policy space* para a implementação de políticas públicas obrigatórias, ao tempo que promove investimentos (GIBSON, 2010; BERNASCONI e BRAUCH, 2015; MOROSINI e BADIN, 2015; GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; JOHNSON, COLEMAN e GÜVEN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018).

Nessa esteira, o Modelo Alternativo Brasileiro de AIIs destaca-se como uma estratégia eficiente no que toca a salvaguarda dos Direitos Humanos que embasam a Convenção-Quadro, ao mesmo tempo em que assegura um aparato de proteção ao investimento estrangeiro. A possibilidade da indústria do tabaco influenciar a esfera internacional através de *hard law* é mitigada, evitando a sobreposição de princípios e interesses particulares de outros regimes durante o processo de internalização da Lei de Embalagem Padronizada (BERNASCONI e BRAUCH, 2015; MOROSINI e BADIN, 2015; GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

Além disso, o modelo traz inovação ao aparato do Regime Internacional de Investimento, uma vez que inclui a proteção dos interesses e necessidades do Estado receptor - e seus cidadãos - e possibilita que o Estado receptor inicie uma reivindicação arbitral via mecanismo Estado-Estado (BERNASCONI e BRAUCH, 2015; MOROSINI e BADIN, 2015; GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

Destarte, ao aderirem a um modelo que extingue o mecanismo de *enforcement* investidor-Estado e constrói um aparato de proteção ao investimento que garante a autonomia legislativa nacional e mitiga os riscos, os países em desenvolvimento têm maior probabilidade

de alcançar o pleno cumprimento da Lei de Embalagem Padronizada. O *lobby* e estratégias de nível nacional ainda terão impacto na formulação de políticas, mas o *chilling effect* da arbitragem internacional desaparecerá. A seção final aborda as potencialidades de enquadrar essa discussão sob os ODS, essencialmente, sob os princípios e valores do ODS 17.

5.2. AS METAS DO ODS 17 COMO MECANISMO

Enquadrar o investimento estrangeiro num Modelo Alternativo de AII's compatível com os princípios norteadores do desenvolvimento sustentável é mandatório para alcançar o ODS 3.a. Especificamente, para internalizar a Lei de Embalagem Padronizada na sua mais avançada versão. Conforme demonstrado na seção anterior, os ACFIs consolidam o equilíbrio entre os compromissos do Estado com investidores estrangeiros e a promoção do investimento de maneira sustentável, ao abordar as obrigações e responsabilidades sociais do investidor (BERNASCONI e BRAUCH, 2015; MOROSINI e BADIN, 2015; GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

Além disso, os ACFIs evitam cláusulas que resultaram em risco regulatório para o Estado receptor do investimento, excluindo o sistema ISDS, o princípio do Tratamento Justo e Equitativo e não se referindo à expropriação indireta. Assim, o modelo está alinhado com os princípios e valores da *Agenda 2030*, uma vez que está alicerçado em um ambiente cooperativo/sustentável (BERNASCONI e BRAUCH, 2015; MOROSINI e BADIN, 2015; GABRIEL, 2016; GÓMEZ e TITI, 2016; MONEBHURRUN, 2016; FACH, 2018; MCLAUGHLIN, 2018; MAGGETTI e MORAES, 2018; SCHRAM *et al.*, 2018; VIDIGAL e STEVENS, 2018).

No entanto, para que se torne uma estratégia próspera no que tange o aumento do *compliance* dos países em desenvolvimento diante da Convenção-Quadro, o debate sobre sua disseminação entre os países que já denunciaram o Modelo Padrão de AII's e/ou pretendem fazê-lo deve estar fundamentado nas Metas do ODS 17. Apenas nesse cenário os países em desenvolvimento terão a oportunidade de reforçar o argumento sobre a necessidade de um Modelo Alternativo de AII's, sem o sistema ISDS, e a agenda poderá ser identificada como um mecanismo político usado para que os AII's alcancem efeitos socioeconômicos positivos.

Como resultado da discussão delineada na *Agenda 2030* em relação aos “meios de implementação para o desenvolvimento sustentável”, as metas do ODS 17 foram desenhadas

visando a “fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável” (ONU, 2018, p. 4). Embora a *Agenda 2030* enfatize que cada país tem responsabilidade primária sobre seu próprio desenvolvimento socioeconômico, destacando a importância das estratégias de cunho nacional para alcançar os objetivos, ela encampa uma abordagem diferente para o desenvolvimento. Essencialmente, a *Agenda 2030* é centrada no estímulo ao comércio justo, à capacitação; no reforço da coerência das políticas e em assegurar o *policy space*. Essa abordagem é explicitada ao longo das metas do ODS 17, como segue (UN, 2018).

O ODS 17, através da Meta 17.5, estimula os países de baixa e média renda a adotarem e implementarem “regimes de promoção de investimentos” (UN, 2018, p. 4). Por um lado, contrário a essa visão, têm-se que o objetivo principal do Modelo Padrão de AIIs é proteger os direitos do investidor, e não a promoção de investimentos. Por outro lado, como confirmado pelos resultados da análise expostos nas últimas seções, os conceitos e valores do ACFI foram extraídos das diretrizes da UNCTAD para promover o investimento, remodelando o Regime Internacional de Investimento, ao reformulá-lo sob o paradigma do desenvolvimento sustentável.

Assim, o ODS 17,5 seria o primeiro mecanismo para reforçar o argumento em relação à disseminação do modelo brasileiro entre os países em desenvolvimento, uma vez que este pode impulsionar o fluxo financeiro para esses países, incrementando a capacitação para alcançar os Objetivos.

O ODS 17, através da Meta 17.14, visa melhorar a “coerência das políticas para o desenvolvimento sustentável” (UN, 2018, p. 4). De encontro a essa ideia, a estrutura do Modelo Padrão de AIIs, baseada no sistema ISDS, estabelece um aparato de investimento incoerente aos princípios da *Agenda 2030*. Os ACFIs, por outro lado, fornecem mecanismos para aumentar a coerência das políticas, já que a promoção do investimento é vinculada a um conjunto equilibrado de responsabilidades sociais do Estado receptor e dos investidores estrangeiros. Além de não representar uma ameaça aos ODS, o modelo é concebido de forma a facilitar e promover o investimento, harmonizando a proteção do investimento com a *Agenda 2030*.

Nesse sentido, o ODS 17.14 seria o segundo mecanismo para fortalecer a necessidade de disseminação do Modelo visando a reforçar a coerência das políticas. Isso se dá pelo fato de que o modelo brasileiro está alinhado com a implementação de políticas obrigatórias para o alcance dos Objetivos, sendo a Lei de Embalagem Padronizada uma delas.

O ODS 17, através da Meta 17.15, concentra-se em respeitar “o *policy space* e liderança de cada país para estabelecer e implementar políticas” (ONU, 2018, p. 4). Esse indicador de meta é ainda mais preciso, pois aborda explicitamente as restrições de política inseridas nos AIIIs. Como abordado ao longo deste estudo, o *policy space* é o fator crucial para garantir *compliance* na implementação de medidas de controle do tabaco. Quando comparado com o Modelo Padrão de AIIIs e com o Modelo Alternativo Indiano de AIIIs, o ACFI é o modelo mais avançado no sentido de assegurar a autonomia legislativa dos governos. A última seção resumiu como esse fator está explicitamente presente no texto preambular dos ACFIs.

Consequentemente, o SDG 17.15 seria o terceiro mecanismo para tornar o argumento da disseminação do Modelo Alternativo Brasileiro mais robusto, já que assegurar o *policy space* é o núcleo do processo de implementação da Lei de Embalagem Padronizada.

Destarte, trazer essa discussão para o auspício da *Agenda 2030*, estabelecendo o ODS 17 como um mecanismo político para reforçar as potencialidades de disseminação do Modelo Alternativo Brasileiro de AIIIs entre os países em desenvolvimento, pode atuar como um impulsionador para alcançar o ODS 3.a. Entretanto, a validação dessa estratégia é limitada pelo fato de que, até o momento, o Brasil não implementou a Lei de Embalagem Padronizada. No entanto, existe a possibilidade de que essa pendência tenha sido influenciada ou, até, determinada pela atual crise política em curso no país, e não necessariamente uma consequência do *regulatory chill* provocado por ameaças internacionais.

6. CONCLUSÃO

Este estudo estabeleceu problemas específicos, institucionais e sistêmicos que o Modelo Padrão de AIIs, alicerçado no sistema ISDS e em regras substanciais e procedimentais de proteção à PI, representa para os países em desenvolvimento ao implementarem a Convenção-Quadro e internalizarem a Lei de Embalagem Padronizada. Do mesmo modo, concebeu o Modelo Alternativo Brasileiro como uma estratégia possível para assegurar o *policy space* dos países em desenvolvimento e garantir o cumprimento do ODS 3.a. Por fim, apresentou o ODS 17 como mecanismo promissor para fortificar o argumento da necessidade de disseminação de um Modelo Alternativo de AIIs entre os países em desenvolvimento, uma vez que suas metas promovem o investimento sustentável e o equilíbrio entre a proteção dos direitos do investidor estrangeiro e a discricionariedade dos Estados para implementarem políticas públicas essenciais. Para cumprir com esses objetivos específicos, a dissertação percorreu o caminho argumentativo detalhado em seguida.

O capítulo teórico contribuiu para esclarecer como os regimes internacionais se entrelaçam, sobrepõem e afetam a formulação de políticas nacionais. A partir da Teoria do Complexo de Regimes, entendeu-se que o poder, exercido através de mecanismos de *enforcement* como a arbitragem investidor-Estado, é o fator capaz de decidir o conflito de normas e princípios. A consequência, conforme atestado pelos resultados da revisão bibliográfica e análise proposta, é o efeito provocado pelo *regulatory chill* que, por sua vez, mitiga o *policy space* dos governos para *comply* com a CQCT. Nesse cenário, os países em desenvolvimento são menos propensos a implementarem a Convenção-Quadro na sua forma mais avançada, reduzindo as chances dos mesmos cumprirem com o ODS 3.a.

Da mesma forma, os resultados auxiliaram o entendimento em relação à atual instabilidade em relação ao equilíbrio entre a proteção do investimento estrangeiro e a formulação de políticas de saúde nos países em desenvolvimento, especialmente na América Latina. A denúncia de AIIs que seguem o modelo padrão e a ausência de uma ligação robusta entre investimento e o cumprimento dos ODS são o centro da questão. Essa fase de transição em que os países em desenvolvimento se encontram, entre abandonar o modelo padrão alicerçado em cláusulas substancial e procedimentalmente mais privatizante e aderir a um modelo alternativo, reforça o argumento da necessidade de disseminar um modelo que vise à promoção do investimento de maneira sustentável. Isso se dá pelo fato de que a inexistência de um aparato regulatório amplo e sustentável entre os países em desenvolvimento resulta no

cumprimento dos padrões mínimos de advertência de saúde estabelecidos pelas provisões da CQCT. Desse modo, a internalização da referida Lei segue em risco.

Por fim, a discussão apresentada jogou luz sobre como o Modelo Alternativo Brasileiro de AIIs pode ser uma estratégia viável para assegurar *compliance* dos países em desenvolvimento para com a Convenção-quadro, impulsionando o cumprimento do ODS 3.a. Além disso, elucidou que o debate sobre a disseminação dos ACFIs deve se basear nas metas do ODS 17, ao passo que a *Agenda 2030* promove uma nova abordagem de desenvolvimento, alinhada ao aparato do modelo brasileiro. Nesse cenário, os países em desenvolvimento estão mais propensos a internalizarem, de maneira integral, a Lei de Embalagem Padronizada.

Destarte, em caráter conclusivo, o estudo oferece um *framework* conceitual que objetiva acoplar a teoria com os resultados e a discussão. O *framework* conceitual pretende esclarecer os efeitos de três estratégias diferentes para implementar a Lei de Embalagem Padronizada. A primeira, representada por linhas vermelhas sólidas, destaca como os países em desenvolvimento interagem com os regimes internacionais parte do Complexo de Regimes de Saúde Global que funcionam sob *hard law*. O Modelo Padrão de AIIs faz parte dessa seleção. O principal objetivo dessa primeira representação é demonstrar como essa estratégia tem maior probabilidade de resultar no mencionado *chilling effect* que, por vezes, mitigará o *policy space* e produzirá baixo nível de implementação da CQCT. As políticas de controle do tabaco serão atrasadas, reduzidas ou até canceladas, uma vez que os governos passam a não internalizar a Lei na sua forma mais completa.

A segunda, representada pelas linhas tracejadas verdes, concentra-se em como os países em desenvolvimento interagem com os regimes internacionais parte do Complexo de Regimes de Saúde Global que são regidos por *soft law*. Essa seleção aponta regimes, organizações e agendas que fortalecem o *policy space* para atingir plenamente a CQCT. Os Modelos Alternativos de AIIs, que se concentram em equalizar o poder de barganha entre o investidor e os Estados, fazem parte dessa seleção. No entanto, de forma incipiente, uma vez que o argumento para disseminá-los entre os países em desenvolvimento não atingiu força suficiente para contestar o Modelo Padrão ainda em vigor.

Ademais, os países que denunciaram - ou pretendem denunciar - os AIIs que seguem o Modelo Padrão de AIIs também estão incluídos nessa seleção. O ponto focal dessa segunda representação é indicar como esta estratégia pode evitar o mencionado *regulatory chill*, mas não o suficiente para assegurar um alto nível de implementação da Lei de Embalagem Padronizada. Isso ocorre porque os países estão no ponto de transição entre a rejeição da arbitragem investidor-Estado e o estabelecimento de um aparato robusto para garantir os

direitos de investimento e a saúde. Portanto, é mais provável que resulte em um mínimo nível de implementação (obedecendo ao mínimo estabelecido na CQCT), que produzirá medidas menos eficazes de controle do tabaco.

A terceira, indicada pelas setas cinza transluzentes, sinaliza como os países em desenvolvimento devem proceder para alcançar um alto nível de implementação da Lei de Embalagem Padronizada da CQCT. Essa seleção evidencia que Modelos Alternativos de AIIs, sem cláusula investidor-Estado e alicerçados nos conceitos e valores do ODS 17, podem salvaguardar o *policy space* e aumentar o *compliance*. Nesse caso, é mais provável que os países em desenvolvimento internalizem totalmente a referida Lei. Essa terceira representação ilustra os resultados deste estudo ao avaliar as potencialidades da disseminação de um Modelo Alternativo de AIIs, enraizado na nova abordagem de desenvolvimento encampada pelo ODS 17, para equilibrar a proteção ao investimento e as políticas de saúde pública.

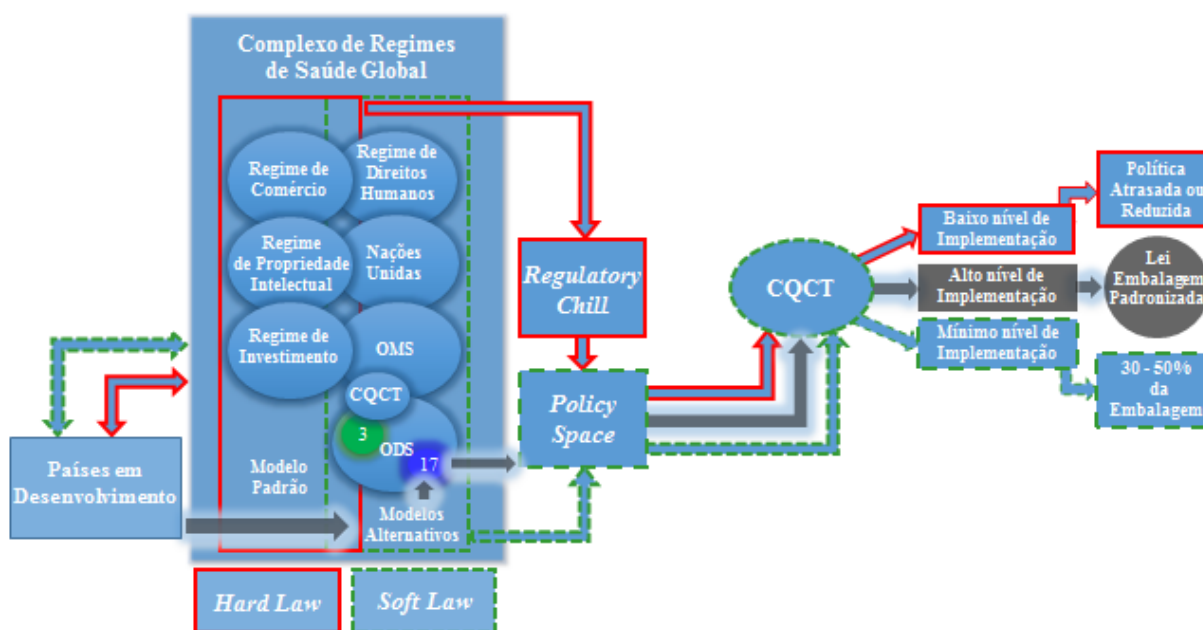


Figura 1 Framework Conceitual – elaboração própria

Por fim, esclarece-se que a principal limitação em relação à pesquisa proposta está relacionada à incipiente evidência disponível quando da análise do impacto do *regulatory chill* na implementação de políticas de controle do tabaco. Como a indústria do tabaco exerce múltiplas estratégias de *lobby*, multilateralmente e em diversas jurisdições, é difícil mensurar em que proporção o *chilling effect* provocado pela ameaça de arbitragem investidor-Estado afeta na internalização da Lei de Embalagem Padronizada. Aqui, o papel do lobby em nível nacional não é esclarecido. Uma segunda limitação diz respeito à falta de estudos

aprofundados sobre a eficácia do Modelo Brasileiro de AIIIs, uma vez que os ACFIs ainda estão em seus primeiros anos de implementação. Uma limitação final está ligada ao fato de o Brasil não ter internalizado a Lei de Embalagem Padronizada, afetando a validação completa da estratégia em torno da necessidade de disseminação do modelo entre os países em desenvolvimento para assegurar o *policy space* para o cumprimento do ODS 3.a.

Visando a sanar as limitações, sugere-se que um estudo semelhante ao conduzido por Jennifer Tobin (2018), abordando a proposição de políticas de controle do tabaco e as respostas do Congresso a elas, seja conduzido no Brasil. Somente então, uma avaliação baseada em evidências estaria disponível sobre as razões pelas quais o Brasil não internalizou a Lei de Embalagem Padronizada até o momento, mesmo com propostas tramitando no Congresso.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Frederick M. The WTO medicines decision: World pharmaceutical trade and the protection of public health. **American Journal of International Law**, v. 99, n. 2, p. 317-358, 2005.
- ALFORD, Roger P. The convergence of international trade and investment arbitration. **Santa Clara J. Int'l L.**, v. 12, p. 35, 2013.
- ALTER, Karen J.; MEUNIER, Sophie. The politics of international regime complexity. **Perspectives on politics**, v. 7, n. 1, p. 13-24, 2009.
- ANKERSMIT, L. Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe? **Investment Treaty News**, v. 9, n. 1, p. 3-6, 2018.
- AZAM, Monirul. **Intellectual Property and Public Health in the Developing World**. Open Book Publishers, 2018.
- BERNASCONI, Nathalie. Rethinking Investment-related dispute settlement. **International Institute for Sustainable Development Investment Treaty News**, v. 6, n. 2, 2015.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie; BRAUCH, Martin Dietrich. Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi. 2015.
- BLOUIN, Chantal. Trade policy and health: Adding retrospective studies to the research agenda: comment on" The trans-pacific partnership: Is it everything we feared for health?". **International journal of health policy and management**, v. 6, n. 4, p. 243, 2017.
- BOEGLIN, Nicolas. ICSID and Latin America: Criticisms, withdrawals and regional alternatives. **Committee for the Abolition of Third World Debt**, 2013.
- BONNITCHA, Jonathan. **Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence**. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2017.
- BROWN, Julia G. International investment agreements: Regulatory chill in the face of litigious heat. **WJ Legal Stud.**, v. 3, p. i, 2013.
- BROWN, Chester; MILES, Kate (Ed.). **Evolution in investment treaty law and arbitration**. Cambridge University Press, 2011.
- BRUGHA, R., BRUEN, C. and TANGCHAROENSATHIEN, V. Understanding global health policy. **The Handbook of Global Health Policy**, p.19-45, 2014.
- BUSE, Kent et al. Global health governance: The emerging agenda. **Making sense of global health governance: A policy perspective**. Palgrave Macmillan., UK, 2009.
- BUSE, Kent; MAYS, Nicholas; WALT, Gillian. **Making health policy**. McGraw-Hill Education (UK), 2012.

CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia Handler. On compliance. **International organization**, v. 47, n. 2, p. 175-205, 1993.

CHOREV, Nitsan; SHADLEN, Kenneth C. Intellectual property, access to medicines, and health: new research horizons. **Studies in Comparative International Development**, v. 50, n. 2, p. 143-156, 2015.

CORREA, Carlos M. **Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options**. Zed books, 2000.

_____. Public health and intellectual property rights. **Global Social Policy**, v. 2, n. 3, p. 261-278, 2002.

_____. Intellectual Property Rights and Inequalities in Health Outcomes. **Globalization and health: Pathways, evidence and policy**, p. 263, 2009.

_____. Investment Agreements: A New Threat To The Trips Flexibilities? **South Center Research Paper**, v. 41, 2013.

_____. Flexibilities provided by the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. **Bulletin of the World Health Organization**, v. 96, n. 3, p. 148, 2018.

CÔTÉ, Christine. **A chilling effect? The impact of international investment agreements on national regulatory autonomy in the areas of health, safety and the environment**. 2014. Tese de Doutorado. The London School of Economics and Political Science (LSE).

COX, A. et al. Development planning and tobacco control: integrating the who framework convention on tobacco control into UN and national development planning instruments. **New York: United Nations Development Programme**, 2014.

CROSBIE, Eric; THOMSON, George. Regulatory chills: tobacco industry legal threats and the politics of tobacco standardised packaging in New Zealand. **The New Zealand Medical Journal (Online)**, v. 131, n. 1473, p. 25-41, 2018.

DELANY, Louise; SIGNAL, Louise; THOMSON, George. International trade and investment law: a new framework for public health and the common good. **BMC public health**, v. 18, n. 1, p. 602, 2018.

DRAHOS, Peter. Negotiating intellectual property rights: between coercion and dialogue. In: **Global Intellectual Property Rights**. Palgrave Macmillan, London, 2002. p. 161-182.

DREZNER, Daniel W. The power and peril of international regime complexity. **Perspectives on politics**, v. 7, n. 1, p. 65-70, 2009.

DREYFUSS, Rochelle Cooper; FRANKEL, Susy. Reconceptualizing ISDS: When is IP an Investment and How Much Can States Regulate It?. 2018.

ECKHARDT, Jappe; HOLDEN, Chris; CALLARD, Cynthia D. Tobacco control and the World Trade Organization: mapping member states' positions after the framework convention on tobacco control. **Tobacco Control**, v. 25, n. 6, p. 692-698, 2016.

ELDER, Mark; BENGTSSON, Magnus; AKENJI, Lewis. An optimistic analysis of the means of implementation for sustainable development goals: Thinking about goals as means. **Sustainability**, v. 8, n. 9, p. 962, 2016.

FIDLER, David P. **International Law and Public Health: Material on and Analysis of Global Health Jurisprudence**. Transnational Publishers, 2000.

_____. From international sanitary conventions to global health security: the new International Health Regulations. **Chinese Journal of International Law**, v. 4, n. 2, p. 325-392, 2005.

_____. After the revolution: global health politics in a time of economic crisis and threatening future trends. **2 Global Health Governance (2008/09)**, 2009.

FACH GÓMEZ, Katia. Foreign Direct Investment in Latin America. **Research Handbook on Foreign Direct Investment**. 2018.

FIEZZONI, Silvia Karina. The challenge of UNASUR Member Countries to replace ICSID Arbitration. **Beijing L. Rev.**, v. 2, p. 134, 2011.

FITZPATRICK, William M.; DILULLO, Samuel A. The Three Os of Arbitration: Origin, Operation and Outcomes. In: **Competition Forum**. American Society for Competitiveness, 2014. p. 234.

FOOKS, Gary Jonas et al. Controlling corporate influence in health policy making? An assessment of the implementation of article 5.3 of the World Health Organization framework convention on tobacco control. **Globalization and health**, v. 13, n. 1, p. 12, 2017.

FOROUZANFAR, Mohammad H. et al. Global, regional, and national comparative risk assessment of 79 behavioural, environmental and occupational, and metabolic risks or clusters of risks, 1990–2015: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2015. **The Lancet**, v. 388, n. 10053, p. 1659-1724, 2015.

FOSTER, Caroline. A new stratosphere? Investment treaty arbitration as 'internationalized public law'. **International & Comparative Law Quarterly**, v. 64, n. 2, p. 461-485, 2015.

FUKUDA-PARR, Sakiko. Global goals as a policy tool: intended and unintended consequences. **Journal of Human Development and Capabilities**, v. 15, n. 2-3, p. 118-131, 2014.

_____. From the Millennium Development Goals to the Sustainable Development Goals: shifts in purpose, concept, and politics of global goal setting for development. **Gender & Development**, v. 24, n. 1, p. 43-52, 2016.

GABRIEL, Vivian. The new Brazilian cooperation and facilitation investment agreement: An analysis of the conflict resolution mechanism in light of the theory of the shadow of the law. **Conflict Resolution Quarterly**, v. 34, n. 2, p. 141-161, 2016.

GARRETT, Laurie. The challenge of global health. **foreign affairs**, p. 14-38, 2007.

GEHRING, Thomas; FAUDE, Benjamin. The dynamics of regime complexes: Microfoundations and systemic effects. **Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations**, v. 19, n. 1, p. 119-130, 2013.

GIBSON, Christopher S. Latent Grounds in Investor-State Arbitration: Do International Investment Agreements Provide New Means to Enforce Intellectual Property Rights?. 2010.

GORE, Charles. The Post-2015 Moment: Towards Sustainable Development Goals and a New Global Development Paradigm. **Journal of International Development**, v. 27, n. 6, p. 717-732, 2015.

GOLDBERG, Marvin E. et al. The effect of plain packaging on response to health warnings. **American Journal of Public Health**, v. 89, n. 9, p. 1434-1435, 1999.

GÓMEZ, Katia Fach; TITI, Catharine. International investment law and ISDS: Mapping contemporary Latin America. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 17, n. 4, p. 515-535, 2016.

GREEN, Jessica F.; AULD, Graeme. Unbundling the regime complex: the effects of private authority. **Transnational Environmental Law**, v. 6, n. 2, p. 259-284, 2017.

VAN HARTEN, Gus. **Sovereign choices and sovereign constraints: judicial restraint in investment treaty arbitration**. OUP Oxford, 2013.

HAWKINS, Benjamin; HOLDEN, Chris; MACKINDER, Sophie. A multi-level, multi-jurisdictional strategy: Transnational tobacco companies' attempts to obstruct tobacco packaging restrictions. **Global public health**, p. 1-14, 2018.

HEPBURN, Jarrod; NOTTAGE, Luke. A Procedural Win for Public Health Measures. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 18, n. 2, p. 307-319, 2017.

JOHNSON, Lise, COLEMAN, Jesse., GUVEN, Brooke. Withdrawal of Consent to Investor-State Arbitration and Termination of Investment Treaties. **Investment Treaty News**, v. 9, n. 1, p. 7-10, 2018.

KATZ, Rebecca et al. Defining health diplomacy: changing demands in the era of globalization. **The Milbank Quarterly**, v. 89, n. 3, p. 503-523, 2011.

KELSEY, Jane. The Trans-Pacific Partnership Agreement: a gold-plated gift to the global tobacco industry?. **American journal of law & medicine**, v. 39, n. 2-3, p. 237-264, 2013.

KICKBUSCH, Ilona. **Global health governance: Some theoretical considerations on the new political space**. 2003.

_____. KICKBUSCH, Ilona. The end of public health as we know it: constructing global health in the 21st century. In: **10th International Congress on Public Health (WFPHA) Brighton, UK.(Mimeo)**. 2004.

KOIVUSALO, Meri. Policy space for health and trade and investment agreements. **Health promotion international**, v. 29, n. suppl_1, p. i29-i47, 2014.

LABONTÉ, Ronald; GAGNON, Michelle L. Framing health and foreign policy: lessons for global health diplomacy. **Globalization and health**, v. 6, n. 1, p. 14, 2010.

LE BLANC, David. Towards integration at last? The sustainable development goals as a network of targets. **Sustainable Development**, v. 23, n. 3, p. 176-187, 2015.

LEE, Kelley et al. Who should be doing what in the international health: a confusion of mandates in the United Nations?. **BMJ: British Medical Journal**, v. 312, n. 7026, p. 302, 1996.

LIBERTI, Lahra. Intellectual Property Rights in International Investment Agreements. 2010.

LOSARI, J. J.; ROJID, F.; RINCÓN, A. Madero. No Coverage for Tobacco Industries With Regard to Tobacco-Control Measures-The Future of International Investment Agreements?. **Transnational Dispute Management (TDM)**, v. 9, n. 5, 2012.

MAGGETTI, Martino; CHOER MORAES, Henrique. The Policy-Making of Investment Treaties in Brazil: Policy Learning in the Context of Late Adoption. **Learning in Public Policy: Analysis, Modes and Outcomes**, p. 295-316, 2018.

MAMADU, H. M. et al. The interlocking world of global health governance: the tobacco industry, bilateral investment treaties and health policy. **Law and global health**, 2014.

MARSOOF, Althaf. The TRIP s Compatibility of Australia's Tobacco Plain Packaging Legislation. **The Journal of World Intellectual Property**, v. 16, n. 5-6, p. 197-217, 2013.

MAYER, Jörg. Policy space: what, for what, and where?. **Development Policy Review**, v. 27, n. 4, p. 373-395, 2009.

MCINNES, Colin; LEE, Kelley. **Global health and international relations**. Polity, 2012.

MCLAUGHLIN, Mark. Global Reform of Investor–State Arbitration: A Tentative Roadmap of China’s Emergent Equilibrium. **The Chinese Journal of Comparative Law**, 2018.

MENEZES, Henrique. A Estratégia Norte-Americana de Forum Shifting para Negociação de Acordos TRIPS-Plus com Países da América Latina. **Contexto Internacional**, v. 37, 2015. pp. 435-468.

_____. Propriedade Intelectual, Inovação e Saúde. **UFPB**, 2017.

MERCURIO, Bryan. International investment agreements and public health: neutralizing a threat through treaty drafting. **Bulletin of the World Health Organization**, v. 92, p. 520-525, 2014.

MITCHELL, Andrew D.; STUDDERT, David M. Plain packaging of tobacco products in Australia: a novel regulation faces legal challenge. **Jama**, v. 307, n. 3, p. 261-262, 2012.

MITCHELL, Andrew D.; VOON, Tania (Ed.). **The global tobacco epidemic and the law**. Edward Elgar Publishing, 2014.

MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in international investment law: the Brazilian agreement on cooperation and facilitation of investments as a different international investment agreement model. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 8, n. 1, p. 79-100, 2016.

MORIN, Jean-Frédéric; ORSINI, Amandine. Regime complexity and policy coherency: Introducing a co-adjustments model. **Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations**, v. 19, n. 1, p. 41-51, 2013.

MOROSINI, Fabio; RATTON, Michelle; BADIN, S. The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): a new formula for international investment agreements. **Investment Treaty News**, v. 6, n. 3, p. 3-5, 2015.

MORTON, Anne; GREENLAND, Steven J. Tobacco CSR and the Ethics Game Paradox: A Qualitative Approach for Evaluating Tobacco Brand Name Strategy Following Plain Packaging. In: **The Goals of Sustainable Development**. Springer, Singapore, 2018. p. 179-192.

MUZAKA, Valbona. **The politics of intellectual property rights and access to medicines**. Springer, 2011.

NYE, Joseph. **Understanding International Conflicts**. 7. ed. New York: Pearson, 2009.

OSTŘANSKÝ, Josef. Tobacco Investment Disputes—Public Policy, Fragmentation of International Law and Echoes of the Calvo Doctrine. 2012.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. **Report on tobacco control for the Region of the Americas**. WHO Framework Convention on Tobacco Control: 10 years later, 2016.

_____. **Strategy and Plan of Action to Strengthen Tobacco Control in the Region of the Americas**. World Health Organization. Regional Committee of WHO for the Americas, 2017.

Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.

Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016.

PROCHASKA, Judith J. et al. Evaluation of an evidence-based tobacco treatment curriculum for psychiatry residency training programs. **Academic Psychiatry**, v. 32, n. 6, p. 484-492, 2008.

RUCKERT, Arne et al. Policy coherence, health and the sustainable development goals: a health impact assessment of the Trans-Pacific Partnership. **Critical Public Health**, v. 27, n. 1, p. 86-96, 2017.

RUGER, Jennifer. Normative foundations of global health law. **The Georgetown law journal**, v. 96, n. 2, p.423, 2008.

RUSE-KHAN, Henning. Policy Space For Domestic Public Interest Measures Under Trips. 2009.

_____. Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?. 2011.

_____. The International Law Relation between TRIPS and Subsequent TRIPS-Plus Free Trade Agreements: Towards Safeguarding TRIPS Flexibilities. **J. Intell. Prop. L.**, v. 18, p. 325, 2011b.

_____. Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation. 2014.

RUSHTON, Simon; WILLIAMS, Owain David. Frames, paradigms and power: global health policy-making under neoliberalism. **Global Society**, v. 26, n. 2, p. 147-167, 2012.

RUTLEDGE, Peter B. Trips and Bits: an essay on compulsory licenses, expropriation, and international arbitration. 2012.

SACHS, Lisa E.; JOHNSON, Lise J. (Ed.). **Yearbook on International Investment Law & Policy 2015-2016**. Oxford University Press, 2018.

SCHILL, Stephan W. Crafting the international economic order: the public function of investment treaty arbitration and its significance for the role of the arbitrator. **Leiden Journal of International Law**, v. 23, n. 2, p. 401-430, 2010.

_____. Reforming investor-state dispute settlement (ISDS): conceptual framework and options for the way forward. **International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)**. Geneva, 2015.

SCHRAM, Ashley et al. Internalisation of International Investment Agreements in Public Policymaking: Developing a Conceptual Framework of Regulatory Chill. **Global Policy**, v. 9, n. 2, p. 193-202, 2018.

SELL, Susan K. TRIPS-plus free trade agreements and access to medicines. **Liverpool law review**, v. 28, n. 1, p. 41-75, 2007.

SHADLEN, Ken. **Policy space for development in the WTO and beyond: the case of intellectual property rights**. Tufts University, 2005.

SHEKHAR, Satwik. Regulatory Chill: Taking right to regulate for a spin. **Centre for WTO Studies Working Paper**, n. 27, 2016.

SUD, Sohil R.; BRENNER, Joseph E.; SHAFFER, Ellen R. Trading away health: the influence of trade policy on youth tobacco control. **The Journal of pediatrics**, v. 166, n. 5, p. 1303-1307, 2015.

SY, Deborah. Warning: Investment Agreements Are Dangerous to Your Health. **Geo. Wash. Int'l L. Rev.**, v. 43, p. 625, 2011.

TIENHAARA, Kyla. Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science. 2010.

THOMPSON, Alexander. Coercive Enforcement of International Law. **Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art**, p.502-23, 2013.

TOBIN, Jennifer L. The Social Cost of International Investment Agreements: The Case of Cigarette Packaging. **Ethics & International Affairs**, v. 32, n. 2, p. 153-167, 2018.

TURIA, Tariana. Government moves forward with plain packaging of tobacco products. **Beehive. govt. nz: The Official Website of the New Zealand Government**, v. 19, 2013.

UNITED NATIONS. *Global indicator framework* adopted by the General Assembly (A/RES/71/313) and annual refinements contained in E/CN.3/2018/2 (Annex II). 2018. Disponível em: <https://unstats.un.org/sdgs/indicators/indicators-list/>. Acessado em 01 Julho 2018.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World Investment Report: Reforming International Investment Governance**, Chapter 4. Geneva: United Nations, 2015a.

Investment Policy Framework for Sustainable Development. Geneva: United Nations, 2015b.

VADI, Valentina S. Trade mark protection, public health and international investment law: strains and paradoxes. **European Journal of International Law**, v. 20, n. 3, p. 773-803, 2009.

_____. Global health governance at a crossroads: trademark protection v. tobacco control in international investment law. **Stan. J. Int'l L.**, v. 48, p. 93, 2012.

_____. **Public health in international investment law and arbitration**. Routledge, 2013.

VANDEVELDE, Kenneth J. **Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation**. Oxford University Press, 2010.

VIDIGAL, Geraldo; STEVENS, Beatriz. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?. **The Journal of World Investment & Trade**, v. 19, n. 3, p. 475-512, 2018.

WANG, Peng. Public Health Regulation in Investor-State Arbitration: A Case Analysis. 2013.

WILLIAMS, Zoe Phillips. **Risky Business or Risky Politics: What Explains Investor-State Disputes**. 2016. Tese de Doutorado. PhD-dissertation, Hertie School of Governance.

WIPFLI, Heather; SAMET, Jonathan M. One hundred years in the making: the global tobacco epidemic. **Annual review of public health**, v. 37, p. 149-166, 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO framework convention on tobacco control**. World Health Organization, 2003.

_____. **WHO Framework Convention on Tobacco Control: Guidelines for Implementation of Article 5. 3, Articles 8 To 14**. World Health Organization, 2013.

_____. **Global Progress Report on implementation of the WHO Framework Convention on Tobacco Control**, 2016.

_____. **WHO report on the global tobacco epidemic, 2017: monitoring tobacco use and prevention policies**, 2017.

_____. *Fact Sheets: tobacco*. Disponível em: <http://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/tobacco>. Acessado em: 23 de maio de 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION; RESEARCH FOR INTERNATIONAL TOBACCO CONTROL. **WHO report on the global tobacco epidemic, 2008: the MPOWER package**. World Health Organization, 2008.

YU, Peter K. International enclosure, the regime complex, and intellectual property schizophrenia. **Mich. St. L. Rev.**, p. 1, 2007.